



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2008

**Literaturbericht : Wirtschaftsstrafrecht - insbesondere
Kapitalmarktstrafrecht, Urheberstrafrecht, Insolvenzstrafrecht und
Korruption**

Wohlers, Wolfgang ; Kudlich, Hans

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-12382>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Wohlers, Wolfgang; Kudlich, Hans (2008). Literaturbericht : Wirtschaftsstrafrecht - insbesondere Kapitalmarktstrafrecht, Urheberstrafrecht, Insolvenzstrafrecht und Korruption. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 120(3):581-618.

LITERATURBERICHT

Wirtschaftsstrafrecht

– Insbesondere Kapitalmarktstrafrecht, Urheberstrafrecht,
Insolvenzstrafrecht und Korruption –

Berichtersteller: Prof. Dr. **Wolfgang Wohlers**, Zürich
Prof. Dr. **Hans Kudlich**, Erlangen

Der nachfolgende Literaturbericht, der an unseren Bericht in ZStW 119 (2007), 361 anschließt, geht teilweise bis ins Veröffentlichungsjahr 2005 zurück, behandelt aber schwerpunktmäßig Titel, die in den letzten beiden Jahren erschienen sind. Die in einer zunehmenden Zahl von Publikationen zum Ausdruck kommende, ständig steigende Bedeutung der Materie bedingt wiederum eine Beschränkung auf das einschlägige monographische Schrifttum. Erfasst werden die Bereiche Kapitalmarktstrafrecht, Urheberstrafrecht, Insolvenzstrafrecht und Korruption.

I. Kapitalmarktstrafrecht

1. Insiderdelikte

Hienzsch, André: Das deutsche Insiderhandelsverbot in der Rechtswirklichkeit. Eine empirische Studie. Baden-Baden: Nomos 2006, 231 S. Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Band 1.

André Hienzsch beschäftigt sich in seiner Abhandlung zum einen mit der Implementation des Insiderhandelsverbots in Deutschland, also mit der Frage, wie sich die Verfolgung von Insiderdelikten konkret darstellt und welche Schwierigkeiten hierbei auftreten (S. 45 ff.); zum anderen geht *Hienzsch* der Frage nach, ob die Existenz des Insiderhandelsverbots tatsächlich einen Beitrag dazu leistet, dass Anleger Vertrauen in den Kapitalmarkt entwickeln bzw. bereits bestehendes Vertrauen erhalten bleibt (S. 159 ff.).

Die Ausführungen zur Implementation des Insiderhandelsverbots basieren auf Erkenntnissen, die durch die Befragung von 15 Experten aus dem Bereich der Finanzmarktaufsicht (Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht [BaFin]), der Strafverfolgungsbehörden (drei Staats-

anwälte) sowie von Personen gewonnen worden sind, die als Mitglieder von Anlegerschutzverbänden oder als Anlegeranwälte tätig sind oder waren (zum methodologischen Hintergrund und zur Durchführung der Untersuchung vgl. im Einzelnen S. 74 ff. sowie die im Anhang der Abhandlung abgedruckten Leitfäden zur Befragung, S. 199 ff.).

Bezogen auf die Mitarbeiter der BaFin sind nach *Hienzsch* Defizite vor allem in personell-fachlicher Hinsicht zu verzeichnen: Es sei nicht gelungen, ausreichend Personal zu gewinnen, das über die notwendige Erfahrung im Umgang mit den in Frage stehenden wirtschaftsbezogenen Sachverhalten verfüge (S. 79 ff.). Als Lösung propagiert *Hienzsch* die befristete Anstellung von Personen aus der Wirtschafts- und Wertpapierpraxis, die über die erforderlichen Qualitäten verfügen und deren Tätigkeit wirtschaftsnah zu vergüten wäre (S. 88 f., 123, 157). Dass eine „wirtschaftsnah“ Vergütung alleine ausreichen wird, um hochqualifiziertes Personal aus den Kreisen der Anwaltschaft oder aus dem Bereich der Finanzdienstleister zu einem befristeten (!) Wechsel in die Aufsichtsbehörde zu veranlassen, wird man allerdings nicht ohne weiteres annehmen können. Einem zweiten Defizit, der seiner Auffassung nach unzureichenden Personalausstattung, will *Hienzsch* mit der Forderung nach einer personalen Aufstockung begegnen, die es ermöglichen soll, die Handelstätigkeit im Vorfeld von Ad-hoc-Mitteilungen nicht nur – wie derzeit üblich – stichprobenartig, sondern systematisch zum Anlass für Überprüfungen zu nehmen (S. 93 ff., 123 f.). Angesichts dessen, dass sich die BaFin aus Beiträgen alimentiert, die von den Beaufsichtigten zu leisten sind, dürfte diese Forderung zwar nicht an den leeren staatlichen Kassen scheitern, wohl aber auf vehementen Widerstand eben dieser Beaufsichtigten stoßen – insbesondere dann, wenn die Tätigkeit der zusätzlichen Bediensteten dann auch noch „wirtschaftsnah“ vergütet werden soll.

Bezogen auf die Strafverfolgungsbehörden stellt *Hienzsch* eine Überforderung sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht fest (S. 125 ff., 142), der er mit einer dezentralen Bündelung des notwendigen Fachwissens in personal und technisch angemessen ausgestatteten Schwerpunktstaatsanwaltschaften begegnen will (S. 130 ff., 157 f.). Handlungsbedarf wird weiterhin auf der Ebene des Gesetzgebers gesehen (vgl. S. 139 f.), wobei *Hienzsch* zutreffend darauf verweist, dass die Lösung nicht darin bestehen kann, dass „die materielle Strafbarkeit zugunsten der prozessualen Nachweisbarkeit ausgedehnt wird“ (S. 196). Der Umstand, dass das Panel der befragten Experten keine Personen beinhaltet, die in einschlägigen Verfahren auf der Seite der Beschuldigten tätig sind, dürfte der wesentliche

Grund dafür sein, dass das (Zerr-)Bild des Wirtschafts-anwalts, der mehr oder weniger nach Belieben in der Lage ist, die Ermittlungsbehörden in eine verfahrensbeendende Verständigung zu zwingen, weder relativiert noch auf seinen Realitätsgehalt hin hinterfragt wird (S. 140 f.).

Ergänzt wird die Expertenbefragung durch eine Analyse des Dunkelfeldes (S. 143 ff.), die zu dem Ergebnis führt, dass „ein massives Dunkelfeld zu verzeichnen [ist]. Vermutlich kommen den zuständigen Behörden nur etwa 5 % dieser Taten zur Kenntnis“. Andererseits wird aber auch festgehalten: „Mit wahrscheinlich etwa 5.000 Delikten im Jahr stellt die Vornahme von Insidergeschäften aber kein Massenphänomen dar. Denn nur wenige Privilegierte kommen in die Lage, eine Insiderinformation zu kennen und nutzen zu können“ (S. 154). Auch wenn die Personen, die Insidergeschäfte tätigen, derzeit mit einem nur geringen Entdeckungsrisiko zu rechnen haben (seinen Annahmen nach bleiben ca. 95 % der Fälle unbeachtet), würde es – so *Hienzsch* – zu weit gehen, die Insiderverfolgung als gescheitert zu betrachten: „Denn verglichen mit dem zuvor in Deutschland bestehenden Modell der freiwilligen Selbstverpflichtung – darin sind sich alle befragten Experten einig – ist die Lage deutlich verbessert“ (S. 155).

Ausgangspunkt für die Behandlung der zweiten Forschungsfrage ist die der Implementation des Insiderhandelsverbots zugrunde liegende Annahme, „dass durch Insiderhandel eine Zusicherung der Gleichstellung aller Anleger mit der Folge enttäuscht würde, dass den Investoren der Kapitalmarkt nicht länger vertrauenswürdig erschiene. Daraus resultiere eine sinkende Anlagebereitschaft, in deren Fortgang sich Kapitalanleger vom Markt abwendeten. Dies führe zur Abnahme von Handelsvolumen und Liquidität an den Märkten. Letztlich könne der Kapitalmarkt seiner Kapitalbeschaffungsfunktion nicht mehr nachkommen“ (S. 163). *Hienzsch* greift in diesem Zusammenhang auf die Ergebnisse einer auf die Gruppe der Kleinanleger fokussierten Umfrage zurück, in deren Verlauf 2.537 Personen zu ihren Handlungsorientierungen und –weisen befragt wurden (vgl. im Einzelnen S. 172 ff.).

In einem ersten Schritt geht *Hienzsch* der Frage nach, aus welchen Gründen Insiderhandel als ein abzulehnendes Verhalten eingestuft wird (S. 164 ff.), wobei er zu dem Ergebnis kommt, dass der wesentliche Grund für die – auch unter den Anlegern – weit verbreitete Ablehnung des Insiderhandels darin liegt, dass im Ausnutzen von Insiderinformationen eine Verletzung des Fairnessprinzips gesehen wird (S. 165 ff., 172 ff., 178). In einem zweiten Schritt wird sodann untersucht, ob das erkennbare Auftreten von Verstößen gegen

das Insiderhandelsverbot zu einem Rückzug der Anleger aus dem Kapitalmarkt bzw. den von Insidergeschäften betroffenen Bereichen des Kapitalmarktes führt (S. 179 ff.), was *Hienzsch* im Ergebnis bejaht (S. 184). Zur Begründung führt er aus, dass angesichts der moralischen Ächtung von Insidergeschäften und des insoweit beim einzelnen Kapitalanleger vorhandenen Kontrollmankos das Auftreten von Insidergeschäften ein negatives Anlageargument sei, das letztlich nicht nur einzelne Anlageformen, sondern den Kapitalmarkt als Ganzes betreffe. Der Schlussfolgerung: „Die gesetzgeberische Überlegung, dass Insiderhandel Anlegervertrauen zerstört und zum Anlegerrückzug führt, ist folglich richtig“ (S. 185) wird man allerdings entgegen halten müssen, dass es sich eben nur um ein Anlageargument handelt, dessen Gewicht durch andere Argumente – wie z.B. die Gewinnaussichten und die konkrete Risikosituation – relativiert und möglicherweise sogar aufgehoben wird. Die These, dass das strafrechtliche Verbot des Insiderhandels notwendig ist, um eine aus dem Rückzug der Anleger resultierende Funktionsunfähigkeit des Kapitalmarkts zu verhindern, kann auch im Hinblick auf die von *Hienzsch* vorgelegten Erkenntnisse nicht als gesichert eingestuft werden. Eher plausibel erscheint die schwächere These, nach der die Existenz des Insiderhandelsverbots (und dessen strafrechtliche Absicherung) einen Beitrag dazu leistet, das Vertrauen der Anleger in den Kapitalmarkt zu stärken (S. 187 ff.), wobei allerdings auch hier die durch den Rückgriff auf die Expertenbefragung gewonnene empirische Basis eher schmal ist.

Im Ergebnis bestätigt die Untersuchung damit die Erkenntnis, dass die Legitimität strafrechtlicher Normen angesichts des bezogen auf die Wirksamkeit der Strafandrohung und -verfolgung in der Regel gegebenen non liquet letztlich doch entscheidend davon abhängt, ob sich das in Frage stehende Verhalten aus normativen Gründen als strafwürdig erweist oder nicht. Bezogen auf den Straftatbestand des Insiderhandels kommt es mithin darauf an, ob die in der Ausnutzung des privilegierten Zugangs zu kursrelevanten Informationen liegende Verletzung der Chancengleichheit den Vorwurf strafwürdigen Verhaltens zu begründen vermag. Ist dies der Fall, dann wird die Legitimität dieses Straftatbestands ebenso wenig durch Vollzugsdefizite in Frage gestellt, wie diejenige sonstiger Straftatbestände. Kann man anderherum das Ausnutzen eines Kenntnisvorsprungs nicht als ein strafwürdiges Verhalten ansehen, dann kann die Legitimität des Insiderhandelsbestands auch nicht dadurch begründet werden, dass die strafrechtliche Ahndung des Insiderhandels das Vertrauen der Anleger in den Kapitalmarkt stärkt.

Hürlimann, Silvan: Der Insiderstraftatbestand. Rechtsvergleichende Studie der schweizerischen und der US-amerikanischen Regelung unter Berücksichtigung der EU-Richtlinien und der aktuellen Entwicklungen im Finanzmarktrecht. Zürich: Schulthess 2005, 249 S. Zürcher Studien zum Strafrecht, Band 44; *Koenig, Daniela*: Das Verbot von Insiderhandel. Eine rechtsvergleichende Analyse des schweizerischen Rechts und der Regelungen der USA und der EU. Zürich: Schulthess 2006, 282 S. Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 249.

Der Insiderstraftatbestand des schweizerischen Rechts (Art. 161 StGB) ist am 1. Juli 1988 in Kraft getreten. Konkreter Anlass für die Einführung der Norm war die Notwendigkeit, Insidergeschäfte auch durch das schweizerische Recht für strafbar zu erklären, da anderenfalls Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland mangels beidseitiger Strafbarkeit nicht hätte entsprochen werden können, was angesichts der diesbezüglich insbesondere in den USA vorhandenen Erwartungen politisch nicht opportun erschien (zur Entstehungsgeschichte der oft als „*lex americana*“ bezeichneten Norm vgl. *Hürlimann* S. 27 ff.; *Koenig* S. 82 ff.). In der Strafrechtspraxis der Schweiz fand der Insiderstraftatbestand in der Folgezeit dann praktisch keine Anwendung, was nicht zuletzt daran lag, dass der Straftatbestand so eng ausgestaltet war, dass er nahezu keinen praktisch relevanten Anwendungsbereich hatte (zur praktischen Bedeutung der Norm vgl. *Hürlimann* S. 39 f.; *Koenig* S. 254 ff.).

Die mögliche Reform des Insiderstraftatbestands wird seit längerem – zuletzt im Zusammenhang mit der kürzlich abgeschlossenen Reform des Finanzmarktaufsichtsrechts – diskutiert und hat nun durch einige in der (Medien-)Öffentlichkeit breit diskutierte Einzelfälle, in denen es möglicherweise zu Insidergeschäften gekommen ist, dazu geführt, dass der Gesetzgeber eine erste ad hoc Reform durchgeführt hat und im Übrigen eine Expertenkommission eingesetzt worden ist, die bis zum Herbst 2008 konkrete Vorschläge für eine Neugestaltung der Börsendelikte entwickeln soll (vgl. hierzu *Godenzi*, *forumpoenale* 2008, S. 61, 65).

Die beiden zeitlich parallel erarbeiteten und im Wintersemester 2005/2006 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation angenommenen Untersuchungen gehen, ausgehend von der Prämisse, dass sich der Insiderstraftatbestand des schweizerischen Rechts in seiner ursprünglichen Fassung als ein „zahnloser Papiertiger“ erwiesen hat (*Koenig* S. 1), der Frage nach, wie der Insiderstraftatbestand *de lege ferenda* ausgestaltet werden sollte. Dabei wählen sie angesichts der Internationalität der Kapitalmärkte und des Börsenwesens und des hieraus resultierenden

Zwangs zur internationalen Kompatibilität der nationalen Insiderverbote (*Hürlimann* S. 2; *Koenig* S. 1) vollkommen zu recht einen rechtsvergleichen- den Ansatz, der mit den einschlägigen Regeln des Rechts der USA (*Hürli- mann* S. 142 ff.; *Koenig* S. 45 ff.) und den Vorgaben des Rechts der Europä- ischen Gemeinschaft (*Hürlimann* S. 169 ff.; *Koenig* S. 72 ff.) die beiden Rechtsordnungen berücksichtigt, denen für das Kapitalmarkt(straf)recht der Schweiz besondere Bedeutung zukommt. Die sorgfältige Analyse des schweizerischen Rechts (*Hürlimann* S. 60 ff.; *Koenig* S. 105 ff.) mündet in die Erkenntnis, dass der Insiderstraftatbestand des schweizerischen Rechts in mehrfacher Hinsicht reformbedürftig ist, wobei *Koenig* eine den Vor- gaben des europäischen Rechts Rechnung tragende Ausdehnung des An- wendungsbereichs propagiert (*Koenig* S. 265 ff.; zu den, teilweise mit den Vorschlägen für die Reform der Finanzmarktaufsicht verbundenen, Vor- schlägen für eine Reform des Art. 161 StGB vgl. *Hürlimann* S. 228 ff.; *Koenig* S. 253 ff.).

Der Gesetzgeber hat der Kritik an der für die praktische Irrelevanz der Norm (haupt-)verantwortlichen sehr engen Fassung des Begriffs der In- sidertatsache (vgl. *Hürlimann* S. 77 ff.; *Koenig* S. 163 ff.) durch die zwis- chenzeitlich, im Anschluss an einen medienträchtigen Einzelfall ad hoc er- folgte Streichung des Art. 161 Ziff. 3 StGB Rechnung getragen (vgl. die entsprechende Forderung bei *Koenig* S. 265). Die weitergehenden Vor- schläge für eine Erweiterung des Täterkreises, der tauglichen Tatobjekte und der erfassten Tathandlungen (vgl. hierzu *Koenig* S. 277 ff.) werden bei der nunmehr durch die Einsetzung der Expertenkommission an die Hand ge- nommen umfassenden Reform der Börsendelikte geprüft. Gleiches gilt für die bereits seit längerem diskutierte Frage, welche staatlichen Organe für die Verfolgung und Sanktionierung von Insiderdelikten sachlich und örtlich zu- ständig sein sollen, sowie für die hiermit verbundene Frage, ob diese Delikte weiterhin im Strafgesetzbuch belassen oder aber in ein Spezialgesetz über- führt werden sollen (vgl. hierzu *Hürlimann* S. 201 ff.; *Koenig* S. 267 ff.). Die Expertenkommission wird dem Bundesrat im Herbst 2008 konkrete Vor- schläge unterbreiten, die dann die durch die bereits erfolgte Neuordnung des Aufsichtsrechts (zu den diesbezüglichen Reformfragen vgl. *Hürlimann* S. 201 ff.; *Koenig* S. 258 ff., 267 ff.) angestoßene Neugestaltung des schwei- zerischen Kapitalmarktrechts zu einem – zumindest vorübergehenden – Ab- schluss bringen soll.

Koch, Thomas: Due Diligence und Beteiligungserwerb aus Sicht des Insiderrechts. Baden-Baden: Nomos 2006, 318 S. Studien zum Strafrecht, Band 8.

Im Rahmen der insbesondere bei Unternehmenskäufen sowie bei der Übernahme größerer Teile des Aktienkapitals börsennotierter Unternehmen mittlerweile fest etablierten Institution der Due Diligence werden von der Zielgesellschaft interne Informationen offen gelegt, die in den Bericht einfließen, der dem potentiellen Käufer vorgelegt wird, damit dieser seine Entscheidung treffen kann, ob er die Anteile erwerben will oder nicht. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen sich Mitarbeiter der Zielgesellschaft, die Mitglieder des Due Diligence Teams und/oder der Erwerber wegen eines Insiderdelikts strafbar machen. Bei den Mitgliedern der Zielgesellschaft könnte das Offenlegen der Informationen eine unbefugte Weitergabe von Insiderinformationen darstellen, die Mitarbeiter des Due Diligence Teams könnten gegen das Empfehlungsverbot und der Erwerber könnte, wenn er sich aufgrund der ihm offen gelegten Informationen und/oder aufgrund der Empfehlung des Berichts zum Kauf der Anteile entscheidet, gegen das Handelsverbot verstoßen. *Thomas Koch* hat seine Abhandlung in vier Teile gegliedert: In den beiden ersten Teilen werden die Entwicklung des Insiderstrafatbestands sowie das Institut der Due Diligence dargestellt. Im dritten – vom Umfang her gewichtigsten – Teil wird dann die Strafbarkeit unter Zugrundelegung der bis zum Inkrafttreten des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes (AnSVG) geltenden Rechtslage im Einzelnen analysiert, bevor im abschließenden vierten Teil der Frage nachgegangen wird, ob es insoweit durch die neue Rechtslage zu Änderungen gekommen ist.

Bezüglich der Strafbarkeit von Mitarbeitern der Zielgesellschaft kommt es sowohl nach alter als auch nach neuer Rechtslage entscheidend darauf an, ob die Offenlegung der Informationen als unbefugt anzusehen ist. *Koch* kommt insoweit – in Übereinstimmung mit Art. 3 lit. a Insiderrichtlinie und der hierauf bezogenen Rechtsprechung des EuGH (vgl. S. 168 f., 173 f.) – zu dem Ergebnis, dass § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG a. F. dahingehend auszulegen ist, dass eine Befugnis zur Weitergabe von Insiderinformationen nur dann gegeben ist, wenn sie sich im normalen Rahmen der Arbeit, des Berufs oder der Aufgabenerfüllung des Weitergebenden bewegt. Die auf die Weitergabe gerichteten Interessen seien mit denjenigen des Kapitalmarktes abzuwägen, die ihrerseits darauf gerichtet sind, dass Informationen entweder öffentlich gemacht oder aber überhaupt nicht mitgeteilt werden. Auch bezogen auf die

Fälle der Offenlegung im Rahmen einer Due Diligence komme es auf den Einzelfall an: Befugt sei die Weitergabe nur dann, wenn die Zielgesellschaft ein berechtigtes Interesse an dem angestrebten Beteiligungserwerb hat, was insbesondere dann bejaht werden könne, wenn der Erwerbsinteressent eine Beteiligung anstrebe, die ihm unternehmerischen Einfluss auf die Zielgesellschaft eröffne (vgl. S. 166 ff., 208 f.). An diesem Befund hat sich nach *Koch* auch unter der Geltung der neuen Rechtslage nichts grundlegend geändert (vgl. insoweit S. 252 ff.). Im Rahmen einer konventionskonformen Auslegung sei allerdings unter Bezugnahme auf den 29. Erwägungsgrund der Marktmissbrauchsrichtlinie die zur Vorbereitung eines Angebots nach § 29 WpÜG erfolgende Offenlegung von Informationen als befugt anzusehen, ohne dass es im Einzelfall einer Interessenabwägung bedürfe (S. 256).

Bezogen auf die Mitglieder des Due Diligence Teams kommt es auf den Anwendungsbereich des Empfehlungstatbestands nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 WpHG an. *Koch* kommt hier zu dem Ergebnis, dass eine Empfehlung, die allein auf Insiderinformationen aufbaut, die i.S.d. § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG befugt offen gelegt worden sind, nicht nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 WpHG strafbar ist, wenn gleichzeitig auch eine Insiderinformation selbst weitergegeben wird. Da § 14 Abs. 1 Nr. 3 WpHG ein entsprechendes Befugnismerkmal fehlt, leitet *Koch* dieses Ergebnis aus der Erwägung ab, dass zwischen den Tathandlungsvarianten des § 14 Abs. 1 Nr. 2 und 3 WpHG ein Exklusivitätsverhältnis besteht: „Hat der Täter eine Insidertatsache weitergegeben und gleichzeitig eine Empfehlung abgegeben, die ausschließlich auf der weitergegebenen Information beruht, so ist der Tatbestand des § 14 Abs. 1 Nr. 3 WpHG a.F. aufgrund der Exklusivität der Weitergabe nicht erfüllt“ (S. 212). Werden die von der Zielgesellschaft offen gelegten Insiderinformation nicht mitgeteilt, soll es ausreichen, dass der Prüfer seine Empfehlung unter Verweis auf die von ihm durchgeführte Due Diligence im Zielunternehmen ausspreche: in diesem Fall komme der Äußerung des Prüfers selbst die Qualität einer Insidertatsache zu (S. 213). Die Strafbarkeit nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG scheitere in den genannten Fällen daran, dass die Weitergabe befugt erfolge. Auch insoweit habe sich die Rechtslage durch das neue Recht nicht verändert (S. 257 f.).

Bezogen auf den Erwerber stellt sich die Frage, ob sich dieser wegen eines Verstoßes gegen das Handelsverbot (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG) strafbar macht. Bezogen auf die alte Rechtslage war insoweit das Ausnutzen der Kenntnis einer Insidertatsache erforderlich, was *Koch* nach ausführlicher Analyse für die Fälle des außerbörslichen Erwerbs (face-to-face Geschäfte)

verneint, für die Fälle des börslichen Erwerbs dagegen bejaht (S. 220 ff.). Das jetzt geltende Recht stellt abweichend vom alten Recht darauf ab, dass der Erwerb unter Verwendung einer Insiderinformation erfolgt (vgl. S. 260 ff.). *Koch* kommt hier zu dem Ergebnis, dass der Tatbestand seinem Wortlaut nach „immer schon dann erfüllt [ist], wenn der Täter ein Wertpapiergeschäft tätigt, für das eine Insiderinformation zumindest mitursächlich geworden ist“, was zur Folge hat, dass auch der außerbörsliche Erwerb erfasst wäre (S. 265). Dieses Ergebnis korrigiert *Koch* durch eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Norm: Die Norm sei dann nicht anwendbar, wenn das in Frage stehende Erwerbs- oder Veräußerungsgeschäft nicht geeignet ist, dem Täter einen Sondervorteil zu verschaffen. In den Fällen des außerbörslichen Paketerwerbs sei dies dann der Fall, wenn beide Parteien denselben Informationsstand haben oder der einen Partei das überlegene Wissen der anderen Partei bekannt ist oder sich dieses überlegene Wissen nur auf Umstände bezieht, die für diese Partei negativ sind. Gleiches gelte für Transaktionen, die im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots oder eines Pflichtangebots erfolgen (S. 269 ff.).

2. Kurs- und Marktpreismanipulationen

Eichelberger, Jan: Das Verbot der Marktmanipulation (§ 20a WpHG). Berlin: Duncker & Humblot 2006, 460 S. Schriften zum Wirtschaftsrecht, Band 199; *Maile, Jörg*: Der Straftatbestand der Kurs- und Marktpreismanipulation nach dem Wertpapierhandelsgesetz, Berlin: Logos 2006, 282 S.; *Papachristou, Marialena*: Die strafrechtliche Behandlung von Börsen- und Marktpreismanipulationen. Frankfurt am Main: Peter Lang 2006, 383 S. Criminalia, Band 41; *Schönhöft, Andreas M.*: Die Strafbarkeit der Marktmanipulation gemäß § 20a WpHG. Frankfurt am Main: Peter Lang 2006, 263 S. Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Band 4422.

Der Straftatbestand der Marktmanipulation, der im Anschluss an den Zusammenbruch des Neuen Marktes als tauglicher Gegenstand für Dissertationen entdeckt worden ist (vgl. hierzu bereits die Rezension der Abhandlungen in ZStW 118 [2006], S. 717, 725 ff.), erfährt auch weiterhin eine relativ intensive wissenschaftliche Bearbeitung, wobei jetzt die durch das 4. Finanzmarktförderungsgesetz (FMFG) und das AnSVG erfolgte neue Fassung der §§ 38, 39 i.V.m. § 20a WpHG im Vordergrund des Interesses steht. Abgesehen von Arbeiten, die sich bestimmten Detailproblemen widmen (vgl.

hierzu unten [Raabe, Wodsak, Grüger und Degutrie]), sind auch weiterhin Arbeiten vorhanden, die sich in erster Linie der Interpretation der für die praktische Anwendung der Normen entscheidenden einzelnen Deliktsmerkmale widmen, wobei hier dann eindeutig – und in der Sache vollkommen zu recht – die Analyse und Auslegung der in § 20a WpHG normierten Manipulationsverbote im Vordergrund steht.

Marialena Papachristou setzt in ihrer im Wintersemester 2004/2005 als Dissertation angenommenen Untersuchung bei der Kurspreismanipulation als solcher an, die zunächst in einem ersten Schritt phänomenologisch entfaltet wird (S. 25 ff.). In einem zweiten Schritt wird sodann der Straftatbestand der Kursmanipulation in seiner Fassung vom 1.7.2002 (S. 131 ff.) eingehend analysiert und der Frage nachgegangen, ob der strafrechtliche Schutz vor Kursmanipulationen möglicherweise auch durch den Insiderstraftatbestand und/oder den allgemeinen Betrugstatbestand gewährleistet werden kann (S. 281 ff., 311 ff.). *Papachristou* hat sich gegen eine Neuausgestaltung des Tatbestands der Kurspreismanipulation ausgesprochen und stattdessen gefordert, diesen bereits *de lege lata* einschränkend dahingehend auszulegen, dass ausschließlich fiktive Transaktionen erfasst werden, die eine ordnungsgemäße Preisbildung an organisierten Märkten verhindern (S. 165 ff., 350). Ergänzend fordert sie, den allgemeinen Betrugstatbestand (§ 263 StGB) mittels einer normativen Auslegung des Irrtumsmerkmals und eines funktionalen Verständnisses des Merkmals der Stoffgleichheit als Instrument zur Bekämpfung von Kurspreismanipulationen zu aktivieren (S. 311 ff., 350 f.).

Jan Eichelberger hat in seiner im Wintersemester 2005/2006 als Dissertation angenommenen Abhandlung ebenfalls den Zugang über eine phänomenologische Betrachtung gewählt (S. 11 ff.), die er dann um Ausführungen zur Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit der in Frage stehenden Verhaltensweisen ergänzt (S. 51 ff.), bevor er sich schwerpunktmäßig der Auslegung und Anwendung der Manipulationsverbotsnorm (§ 20a WpHG; S. 153 ff.; vgl. auch – zur Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung [MaKonV] – S. 385 ff.) und der Sanktionsnorm(en) zuwendet (S. 323 ff.). Demgegenüber setzen *Jörg Maile* und *Andreas M. Schönhöft* in ihren im Wintersemester 2004/2005 bzw. 2005/2006 als Dissertation angenommenen Abhandlungen unmittelbar bei der Auslegung der §§ 38, 39 WpHG i.V.m. § 20a WpHG in der durch das AnSVG ausgestalteten Fassung an, die von ihnen im Ergebnis – im Gegensatz zu *Eichelberger* – als teilweise nicht verfassungskonform eingestuft wird.

Während *Maile* die Auffassung vertritt, dass der Straftatbestand der Börsen- und Marktpreismanipulation sowohl dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Börsen und Märkte als auch dem Individualschutz der Kapitalanleger diene (*Maile* S. 65 ff.), sehen *Papachristou*, *Eichelberger* und *Schönhöft* das geschützte Rechtsgut nicht im Anlegerschutz, der ihrer Auffassung nach lediglich einen Schutzreflex bildet, sondern allein in der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes als Institution, die auf das Vertrauen der Marktteilnehmer in die Preiswahrheit, d.h. in das ordnungsgemäße Zustandekommen des Börsenpreises von Aktien, elementar angewiesen sei (*Eichelberger* S. 51 ff.; *Papachristou* S. 145 ff.; *Schönhöft* S. 11 ff.). Ob überhaupt bzw. unter welchen Voraussetzungen der Schutz der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes ein legitimes Ziel strafrechtlicher Normen ist, wird von *Papachristou* nicht hinterfragt, während sowohl *Eichelberger* als auch *Schönhöft* die Strafwürdigkeit und auch die Strafbedürftigkeit einer Prüfung unterziehen (*Eichelberger* S. 87 ff.; *Schönhöft* S. 14 ff., 20 ff.). Die Strafwürdigkeit ergibt sich für beide Autoren aus der Erwägung, dass der Kapitalmarkt, bedingt durch die Anonymisierung der Marktteilnehmer und der unzureichenden Kontrollmöglichkeiten des einzelnen Marktteilnehmers, in besonderer Weise darauf angewiesen sei, dass die Marktteilnehmer darauf vertrauen, dass die Preisbildung ordnungsgemäß abläuft (*Eichelberger* S. 51 ff.; *Schönhöft* S. 16 f.). Die empirische Validität der These, dass Marktmanipulationen einen Vertrauensverlust und dieser eine Abwendung der Anleger zur Folge hat, was dann im Ergebnis die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts in Frage stellt, wird von *Eichelberger* problematisiert und – soweit dies anhand der vorhandenen empirischen Erkenntnisse überhaupt möglich ist – plausibel begründet (vgl. *Eichelberger* S. 66 ff.).

Die für die Ausgestaltung des Straftatbestands der Markt- und Kurspreismanipulation zentrale Problematik besteht darin, dass dann, wenn man – den europäischen Vorgaben entsprechend – auch effektive Transaktionen in den Anwendungsbereich der Strafnorm einbeziehen will, die Notwendigkeit besteht, illegale von legalen Transaktionen zu unterscheiden. Da es einzelnen Transaktionen nicht angesehen werden kann, zu welchen Zwecken sie vorgenommen werden, bleiben insoweit nur zwei Möglichkeiten: Entweder muss die Unterscheidung über ein subjektives Tatbestandsmerkmal erfolgen (manipulative Absicht) oder es müssen in einem ersten Schritt alle Transaktionen in den Anwendungsbereich einbezogen und dann über bestimmte Regelungen (safe harbours) die Fallgestaltungen bestimmt werden, in denen Transaktionen im Ergebnis doch wieder aus dem Strafbar-

keitsbereich ausscheiden sollen. Da derartige Regelungen in der Regel sehr umfangreich sind, ins Detail gehen und in einem laufenden Anpassungsprozess up to date gehalten werden müssen, bietet sich das Ausweichen auf ergänzende Verordnungen an, was dann allerdings wieder Fragen im Hinblick auf die hinreichende gesetzliche Bestimmtheit der Strafnorm und die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts aufwirft (vgl. hierzu auch unten *Raabe*). *Eichelberger* einerseits und *Maile* sowie *Schönhöft* andererseits kommen insoweit zu diametral voneinander abweichenden Ergebnissen.

Schönhöft kommt im Rahmen seiner Analyse des § 20a WpHG zu dem Ergebnis, dass der Irreführungstatbestand (§ 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG) verschiedene Merkmale aufweist, deren Auslegung zwar erhebliche Probleme aufwirft (vgl. insbesondere S. 52 ff. zur Einbeziehung von Werturteilen und Gerüchten in den Begriff der Angaben und S. 63 ff. zu den bewertungserheblichen Umständen; vgl. hierzu auch *Eichelberger* S. 237 ff. sowie *Maile* S. 94 ff.), die aber seiner Auffassung nach durch eine restriktive Auslegung in verfassungskonformer Art und Weise gelöst werden können. Anders liegt es *Schönhöfts* Auffassung nach bei § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG (*Schönhöft* S. 90 ff.): Soweit nicht nur fiktive, sondern auch effektive Transaktionen als falsche oder irreführende Signale in Betracht kommen sollen, ergibt sich das Problem, dass sich rein äußerlich betrachtet nicht unterscheiden lässt, welche Geschäfte als strafrechtlich relevant einzustufen sind und welche nicht. Die Lösung des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich der Norm über § 20a Abs. 2 WpHG einzuschränken, erweise sich als verfassungswidrig, weil die eigentliche Entscheidung nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) getroffen werde (*Schönhöft* S. 115 f., 119 f.; vgl. auch *Maile* S. 60 f.). Und für den Auffangtatbestand des § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG gelte, dass sich die Frage, was unter sonstigen Täuschungshandlungen zu verstehen sei, erst dann beantworten lasse, wenn man die auf der Rechtsgrundlage von § 20a Abs. 5 WpHG erlassene MaKonV in die Betrachtung einbezieht (vgl. – anhand des Beispiels des Scalpings – *Schönhöft* S. 135 ff., 154; vgl. aber auch den abweichenden Standpunkt bei *Eichelberger* S. 304 ff., insbesondere S. 316 f.), womit dann aber auch an dieser Stelle die verfassungsrechtliche Grenze überschritten sei, nach welcher der Ordnungsgeber den Anwendungsbereich eines Straftatbestands nicht selbst bestimmen, sondern allenfalls „gewisse Spezifizierungen“ anbringen dürfe (*Schönhöft* S. 146 ff.; vgl. auch *Maile* S. 50 ff. – zu § 20a WpHG, den er ebenfalls für verfassungswidrig

rig hält – sowie S. 148 ff. zur Auslegung der sonstigen Täuschungshandlung unter Berücksichtigung des zwischenzeitlich aufgehobenen § 3 Abs. 1 Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Kurs- und Marktpreismanipulation [KuMaKV]).

Einen gänzlich abweichenden Standpunkt nimmt diesbezüglich *Eichelberger* ein: Seiner Auffassung nach ist § 20a Abs. 1 Satz 1 WpHG, den er dahingehend interpretiert, dass die Unterscheidung legaler und illegaler Transaktionen letztlich doch über die hinter der Transaktion stehenden Intentionen erfolgen muss (vgl. z. B. *Eichelberger* S. 301 f. und zusammenfassend S. 321), im Ergebnis für sich gesehen hinreichend bestimmt ist (*Eichelberger* S. 171 ff.), womit sich dann die Problematik der Vereinbarkeit des § 20a Abs. 5 WpHG mit dem Vorbehalt des Gesetzes erledigt, weil allenfalls die MaKonV nichtig sein könne, was aber nichts daran ändern würde, dass eine Bestrafung aufgrund von § 20a Abs. 1 WpHG erfolgen könne (vgl. *Eichelberger* S. 194 f.). Auch *Eichelberger* arbeitet in seiner umfassenden und gedankenreichen Analyse des § 20a WpHG einige Schwachpunkte des geltenden Rechts heraus – insbesondere handelt es sich seiner Auffassung nach bei den Merkmalen der Bewertungserheblichkeit und der Eignung zur Preisbeeinflussung um eine überflüssige Doppelung (vgl. *Eichelberger* S. 265 f.). Er sieht aber bewusst davon ab, Vorschläge für eine neue Fassung des § 20a WpHG zu entwickeln (*Eichelberger* S. 321), während *Schönhöft* – von seinem Standpunkt aus zwingend – eine Konkretisierung des § 20a WpHG fordert (S. 192 ff.) sowie für einen Verzicht auf das zu unüberwindbaren Hindernissen beim Nachweis der Kausalität führende Merkmal der Einwirkung auf den Börsen- oder Marktpreis in § 38 Abs. 2 WpHG plädiert (S. 158 ff.; vgl. aber auch insoweit den abweichenden Standpunkt bei *Eichelberger* S. 323 ff.).

Raabe, Andreas: Der Bestimmtheitsgrundsatz bei Blankettstrafgesetzen am Beispiel der unzulässigen Marktmanipulation. Berlin: Logos 2007, 254 S.

Wie bereits angesprochen, ist der Straftatbestand der Marktpreismanipulation im deutschen Recht als eine (Blankett-)Norm ausgestaltet, deren Inhalt sich erst dann erschließt, wenn einer Reihe von Verweisungen gefolgt wird: Die eigentliche Strafvorschrift des § 38 Abs. 2 WpHG verweist für die Umschreibung des tatbestandlichen Verhaltens auf § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie Abs. 2 Nr. 11 WpHG, die wiederum § 20a WpHG in Bezug nehmen, in dem

das verbotene Verhalten umschrieben und auf Vorschriften des europäischen Rechts sowie auf eine Rechtsverordnung verwiesen wird, in der einzelne Tatbestandselemente näher konkretisiert werden. Auch wenn eine derartige Ausgestaltung im Nebenstrafrecht nicht ungewöhnlich ist, stellt sich doch die Frage, ob eine solche Strafbestimmung den Anforderungen zu genügen vermag, die sich aus Art. 80 GG und vor allem aus Art. 103 Abs. 2 GG sowie § 1 StGB ergeben (vgl. hierzu auch bereits oben *Eichelberger, Maile, Papachristou* und *Schönhöft*).

Andreas Raabe arbeitet im ersten Kapitel seiner im Wintersemester 2006/2007 von der Juristischen Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin als Dissertation angenommenen Abhandlung zunächst die Anforderungen heraus, die sich bezogen auf die Bestimmtheit von Strafnormen aus Art. 103 Abs. 2 GG ergeben (S. 7 ff.). Er zeigt auf, dass eine absolute Bestimmtheit schon aus sprachlichen Gründen gar nicht erreicht werden kann und angesichts eines Bedarfs an Vagheit in der Praxis auch gar nicht angestrebt wird. Das Bedürfnis, auf den Wandel der Verhältnisse flexibel reagieren zu können und auch Verhaltensweisen erfassen zu wollen, die zum Zeitpunkt des Erlasses der Strafnorm noch gar nicht absehbar sind, hat zur Konsequenz, dass – so *Raabe* – der Bestimmtheitsgrundsatz selbst konturlos geworden ist (S. 27). Bezogen auf das Phänomen der Blankettstrafnormen (zu den verschiedenen Formen vgl. S. 27 ff.) stellen sich – abgesehen vom allgemeinen Erfordernis der hinreichenden Tatbestandsbestimmtheit – zwei spezifische Probleme: zum einen können Verweisungen die Nachvollziehbarkeit dessen, was verboten sein soll, in Frage stellen; zum anderen muss, wenn der Gesetzgeber auf Normen verweist, die nicht er selbst erlassen hat oder erlassen wird, der Frage nachgegangen werden, ob dem Vorbehalt des formellen Gesetzes genüge getan ist. Aufbauend auf einer kritischen Analyse der Konzeptionen, die diesbezüglich in der Rechtsprechung – insbesondere des BVerfG – und in der Literatur vertreten werden, entwickelt *Raabe* seinen eigenen Ansatz: Bezogen auf die Tatbestandsbestimmtheit soll es darauf ankommen, „ob der Tatbestand einen klaren Schutzzweck aufweist und der Wortlaut der jeweiligen Vorschrift eine beliebige Interpretation verhindert und sich die Vorschrift auf einen Tatbestandskern reduzieren lässt. Dies ist nicht der Fall, wenn sich der Gesetzgeber einer Eigenwertung enthält, indem er die Strafbarkeit einer Handlung in das Ermessen der Judikative oder Exekutive stellt oder Tatbestandsmerkmale normiert, die auf außerrechtliche Verkehrsanschauungen Bezug nehmen, die keine anerkannte Typisierung erfahren haben“ (S. 91/92). Bezogen auf den Gesetzesvorbehalt seien Ver-

weisungen auf nationale oder gemeinschaftsrechtliche Verordnungen problematisch. Mit derartigen Verweisungen könne eine unzureichende tatbestandliche Bestimmtheit nicht geheilt werden. Die Funktion derartiger Verordnungen besteht damit allein darin, den gesetzlich bereits hinreichend bestimmten Tatbestand noch weiter zu konkretisieren (vgl. S. 93). Bezogen auf die Nachvollziehbarkeit der Verweisung(en) komme es darauf an, ob diese mit zumutbarem Aufwand auffindbar sei (vgl. S. 93 f.).

Im zweiten Kapitel wird der Straftatbestand der Kursmanipulation an diesen Maßstäben gemessen (S. 95 ff.). *Raabe* kommt hierbei zu dem Ergebnis, dass der Straftatbestand den Anforderungen der Tatbestandsbestimmtheit nicht zu genügen vermag. Als nicht hinreichend bestimmt sieht er insbesondere das Tatbestandsmerkmal der Bewertungserheblichkeit i.S.d. § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG an (S. 137 ff.): „Eine Abgrenzung bewertungserheblicher Umstände von nicht-bewertungserheblichen Umständen ist nicht möglich, da es hier an einem konkretisierenden Ordnungsmaßstab fehlt“ (S. 161). Gleiches gelte für die Merkmale der Preiseinwirkungsgeeignetheit und der Preiseinwirkung, auf die es bei § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 WpHG sowie bei § 38 Abs. 2 WpHG ankommt (S. 162 ff., 183 ff.) sowie für die Frage, welche Geschäfte geeignet sind, falsche oder irreführende Signale i.S.d. § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG zu geben (S. 165 ff.). Hinzu komme, dass es an einem Maßstab fehlt, „um die Handlungen zu bestimmen, die derart sozialwidrig sind, dass sie als Ordnungswidrigkeit oder Straftat gelten können. Der Maßstab des verständigen Anlegers ist hierzu ungeeignet. Er ermöglicht vielmehr eine beliebige Interpretation, welche Handlungen tatbestandlich erfasst werden sollen. Auch der Schutzzweck der Norm erweist sich als zu weit und unprofiliert, um eine einschränkende Konkretisierung des Tatbestandes zu ermöglichen. Insgesamt ist der Tatbestand des § 20a Abs. 1 Satz 1 WpHG damit nicht hinreichend bestimmt i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG“ (S. 193). Abgesehen davon, dass seiner Auffassung nach die mangelnde tatbestandliche Bestimmtheit durch den Verweis auf nationale Verordnungen nicht geheilt werden kann, ist auch die MaKonV durch unbestimmte und wertungsbedürftige Merkmale geprägt: „Die Legaldefinitionen erlauben keine Konkretisierung, weil sie den unbestimmten Maßstab des verständigen Anlegers übernehmen, statt ihn zu konkretisieren. Die Beispiele sind zum größten Teil nicht zwingend und nicht abschließend. Damit wird eine Eingrenzung des gesetzlichen Tatbestandsrahmens verhindert. Mit Ausnahme der Regelung des § 3 Abs. 2 MaKonV ermöglicht die Verordnung damit keine eingrenzende Konkreti-

sierung des gesetzlichen Rahmens und stellt damit keine Spezifizierung dar. Ein Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt ist in den Regelungen der §§ 4 und 6 MaKonV zu sehen, die über den gesetzlichen Rahmen hinausgehen, sowie in den Regelungen über das Verfahren zur Anerkennung einer zulässigen Marktpraxis, gem. §§ 7–10 MaKonV“ (S. 211/212). Die mehrfach gestufte Binnenverweisung innerhalb des WpHG und auf die MaKonV sowie auf die Richtlinie (EG) Nr. 2273/2003 stuft *Raabe* zwar als „zum Teil schwer nachvollziehbar“ ein (S. 217), geht aber davon aus, dass sie – für sich gesehen – mit den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG noch zu vereinbaren sind (S. 193, 212 ff.).

Wodsak, Johannes: Täuschung des Kapitalmarkts durch Unterlassen. Die Strafbarkeit der unterlassenen Mitteilung einer Verschlechterung der Geschäftsentwicklung bei börsennotierten Aktiengesellschaften. Baden-Baden: Nomos 2006, 171 S. Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Band 2.

Dass Informationen über die Verschlechterung der Geschäftsentwicklung eines börsennotierten Unternehmens für Kapitalanleger von Bedeutung sind und das Verschweigen einer derartigen Entwicklung verheerende Konsequenzen haben kann, muss angesichts der in den letzten Jahren auch durch die allgemeine Tagespresse intensiv begleiteten Zusammenbrüche von bis dato als „gesund“ geltenden Unternehmen nicht mehr im Einzelnen begründet werden. In seiner Abhandlung geht *Johannes Wodsak* der Frage nach, „welche Normen des Kapitalmarktstrafrechts durch das Verschweigen der Mitteilung einer Verschlechterung der Geschäftsentwicklung verletzt werden“, wobei neben der Verantwortlichkeit nach den §§ 38 Abs. 2, 39 Abs. 2 Nr. 11 WpHG nacheinander auch die Verantwortlichkeit nach § 63 BörsO-FWB (S. 84 ff.), § 40 BörsG, §§ 263, 266 und 264a StGB, § 331 HGB, § 400 AktG sowie § 16 UWG in einer mehr oder weniger ausführlichen, weitgehend kommentarähnlichen Form behandelt wird.

Bezogen auf die Verantwortlichkeit nach den §§ 38, 39 Abs. 2 Nr. 11 WpHG zeigt *Wodsak* zunächst die Unterschiede auf, die sich durch die Neufassung des die Pflicht zur Ad-hoc-Publizität normierenden § 15 WpHG durch das der Umsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie der EU dienende Anlegerschutzverbesserungsgesetz (BGBl. I [2004] S. 2630) ergeben haben: Während mit dem Wechsel vom Begriff der Insideratsache auf den der Insiderinformation eine erhebliche Ausweitung der Publizitäts-

pflicht einhergegangen sei (vgl. S. 29 ff. [zur a.F.] sowie S. 74 f. [zur n.F.]), habe das Festhalten an der Voraussetzung, dass die in Frage stehende Information kurserheblich sein muss (vgl. hierzu S. 61 ff. [zur a.F.] sowie S. 75 f. [zur n.F.]), auch für das geltende Recht Probleme im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand zur Folge: „Bei Sachverhalten, die auch unter berufsmäßig handelnden Investoren unterschiedlich bewertet werden, wird es in einem Strafverfahren schwierig sein, diesen Nachweis zu führen, weil der Täter sich auf die Behauptung zurückziehen kann, er sei von der fehlenden Kursrelevanz ausgegangen“ (S. 78). Dass der Gesetzgeber die Strafbarkeit zusätzlich auch noch an die Voraussetzung gebunden hat, dass das in Frage stehende Verhalten eine Auswirkung auf den Kurs gehabt haben muss, sei – abgesehen davon, dass die Missachtung der Pflicht zur Ad-hoc-Publizität auch ohne hieraus resultierende Kursauswirkung jedenfalls eine Ordnungswidrigkeit nach § 39 Abs. 2 Nr. 11 WpHG begründen würde – kein zusätzliches Problem: „Im Fall eines Verstoßes gegen § 15 Abs. 1 Satz 1 WpHG in Form von Verschweigen Ad-hoc publizitätspflichtiger Informationen ist ein Einwirken regelmäßig gegeben, da die Kursrelevanz einer Information diese erst zur Insiderinformation macht“ (S. 77). *De lege ferenda* plädiert *Wodsak* allerdings dafür, bereits die bloße Missachtung der Pflicht zur Ad-hoc-Publizität – unabhängig davon, ob es zu einer Kurseinwirkung gekommen ist oder nicht – als Straftat auszugestalten. Die Einstufung als Ordnungswidrigkeit werde dem Umstand nicht gerecht, dass es sich hierbei um „ein in hohem Maße zu missbilligendes Verhalten“ handle (S. 83). Ein weiteres Argument dafür, die Missachtung der Ad-hoc-Publizität generell als Straftat auszugestalten, leitet *Wodsak* daraus ab, dass das Verschweigen der Verschlechterung der Geschäftsentwicklung in den über § 331 HGB erfassten Publizitätswerken als Straftat geahndet wird (vgl. S. 138 ff.), was eine „durch sachliche Gründe nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von im Wesentlichen gleich gelagerten Sachverhalten“ zur Folge habe (S. 146).

Gemäß § 63 BörsG-FWB sind die im Prime Standard notierten Emittenten verpflichtet, Quartalsberichte zu erstellen und zu veröffentlichen. Eine Ahndung der Zuwiderhandlung gegen diese Pflicht über die §§ 38, 39 WpHG scheitert indes daran, dass sich diese Verpflichtung allein aus der Börsenordnung ergibt, nicht aber aus § 20a WpHG, was zur Folge hat, dass eine Sanktionierung gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen würde (S. 84 ff.). Da auch die durch § 40 BörsG i.V.m. §§ 53 ff. BörsZulV begründeten Pflichten zur Zwischenberichterstattung nur Unternehmen erfassen, deren Wertpapiere eine Zulassung zum Börsenhandel im amtlichen Markt haben (vgl.

S. 88, 91) tritt *Wodsak* zu recht dafür ein, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, mit der die Ahndung von Zuwiderhandlungen gegen die Pflicht zur Veröffentlichung von Quartals- und Zwischenberichten einer in sich konsistenten Regelung zugeführt wird (S. 90).

Eine Strafbarkeit nach § 263 StGB i.V.m. § 13 StGB setzt zunächst voraus, dass derjenige, der die Pflicht zur Ad-hoc Publizität verletzt, Garant i. S. d. § 13 StGB ist, was *Wodsak* unter Verweis auf die gesetzliche Pflicht aus § 15 WpHG und die Figur der Herrschaft über eine Gefahrenquelle bejaht (S. 95 ff.). Eine Strafbarkeit aus § 263 StGB wird dann im Ergebnis aber doch verneint, weil der Anleger die Aktien zu dem Preis erwerben, welche diese zum Zeitpunkt des Erwerbs auf dem Markt haben, weshalb es an einem Vermögensschaden fehle (S. 105 f.). Die Anwendung des § 266 StGB scheitert daran, dass derjenige, der die Pflicht zur Ad-hoc Publizität verletzt, keine Pflicht hat, die Vermögensinteressen etwaiger Anleger zu wahren (S. 107 f.). Breiten Raum widmet *Wodsak* der Analyse einer Strafbarkeit nach § 264a Abs. 1 StGB (S. 109 ff.), der allerdings weder bei der Bekanntmachung über das Bestehen von Bezugsrechten noch bei der Emission neuer Aktien im Freiverkehr das Verschweigen einer Verschlechterung der Geschäftsentwicklung erfasst (S. 124, 127), sondern allein dann eingreift, wenn eine Verschlechterung der Geschäftsentwicklung bei einer Kapitalerhöhung verschwiegen wird, bei der neue Aktien am amtlichen oder im geregelten Markt zum Handel zugelassen werden sollen (S. 130).

Grüger, Tobias Wolfgang: Kurspflege – Zulässige Kurspflegemaßnahmen oder verbotene Kursmanipulation? Baden-Baden: Nomos 2006, 284 S. Nomos Universitätsschriften Recht, Band 478.

Als Kurspflege wird gemeinhin die gezielte Einwirkung auf den Börsenkurs durch den An- und Verkauf von Aktien zum Zwecke der Verhinderung eines Abgleitens des Kurses oder der Verhinderung von unerwünschten künstlichen Kurssteigerungen bezeichnet, wenn diese entweder im zeitlichen Zusammenhang mit einer Emission stehen oder zur Abwehr einer feindlichen Übernahme vorgenommen werden (S. 21). Die – empirisch gesehen derzeit weder bewiesene noch widerlegte – Notwendigkeit von Kurspflegemaßnahmen werden insbesondere im Zusammenhang mit Primäremissionen sowie Kapitalerhöhungen diskutiert (vgl. S. 31 ff.; zu alternativen Maßnahmen im Zusammenhang mit Primäremissionen vgl. S. 45 ff.). Ein Interesse an Kurspflegemaßnahmen kann sich aber auch im Rahmen von

Aktienrückkaufprogrammen ergeben (S. 35 ff.), im Zusammenhang mit dem Optionshandel und unter Bilanzierungsgesichtspunkten (S. 38 ff.). Die grundlegende Problematik besteht darin, dass sich Kurspflegemaßnahmen – rein äußerlich betrachtet – nicht von anderen Maßnahmen unterscheiden, mit denen auf den Kurs von Aktien eingewirkt wird. Der Unterschied zur Kursmanipulation besteht mithin darin, dass mit Maßnahmen der Kurspflege Ziele verfolgt werden, die als legitim angesehen werden, während unzulässige Maßnahmen der Kursbeeinflussung Zwecken dienen, die als illegitim eingestuft werden (vgl. S. 41).

Ziel der im Wintersemester 2004/2005 an der Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn als Dissertation angenommenen Untersuchung ist es, „die rechtliche Zulässigkeit von Kurspflegemaßnahmen unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben in Deutschland darzustellen und eventuellen Regelungsbedarf aufzuzeigen“ (S. 20/21). Zu diesem Zweck untersucht *Grüger* die einschlägigen Regelungen in Großbritannien (§ 5, S. 53 ff.), die Vorgaben des europäischen Rechts (§ 6, S. 84 ff.) und in Deutschland (§§ 7 ff., S. 107 ff.). *Grüger* zeigt auf, dass die britischen Regelungen und auch die Vorgaben des europäischen Rechts darauf abzielen, die Unterscheidung von Kurspflege und Kursmanipulation nicht anhand der beim Marktteilnehmer vorhandenen Absichten und Intentionen vorzunehmen, sondern für bestimmte Situationen safe harbour Regelungen zu schaffen, deren Einhaltung dann den Vorwurf einer Kursmanipulation ausschließt.

Im deutschen Recht ist die Möglichkeit, derartige Regelungen einzuführen, im Rahmen des 4. Finanzmarktförderungsgesetz mit § 20a WpHG geschaffen worden, der vorsieht, dass eine Rechtsverordnung zur Konkretisierung des Verbots der Kurs- und Marktpreismanipulation erlassen werden kann. Des Weiteren kann auch die BaFin, gestützt auf den im Rahmen des AnSVG geschaffenen § 20a Abs. 2 WpHG, bestimmte Marktpraktiken als zulässig anerkennen (S. 121 f.). Die zur Umsetzung der Verordnungsermächtigung erlassene Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Kurs- und Marktpreismanipulation vom 18.11.2003 (KuMaKV) hatte in den §§ 4 ff. festgelegt, unter welchen Voraussetzungen Maßnahmen zur Stabilisierung des Börsenkurses mit dem Verbot der Marktmanipulation zu vereinbaren sind (vgl. hierzu im Einzelnen S. 130 ff.).

Die umfangreichen Ausführungen, in denen *Grüger* die Zulässigkeit der Kurspflege durch den Emittenten im Rahmen von Primäremissionen und bei feindlichen Übernahmen (§ 8, S. 148 ff.), durch Banken (§ 9, S. 215 ff.) und durch Altaktionäre (§ 10, S. 230 ff.) untersucht, leiden für den allein an

der aktuellen Rechtslage interessierten Leser darunter, das die durch die KuMaKV aufgestellten Regelungen zwar weitgehend den britischen Regelungen und den Vorgaben des europäischen Rechts entsprachen (vgl. hierzu S. 138 ff.), sie aber – worauf *Grüger* im Vorwort seiner Arbeit selbst hinweist (S. 5) – wieder außer Kraft getreten sind, als die KuMaKV am 11. März 2005 aufgehoben und durch die Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Marktmanipulation (MaKonV) ersetzt wurde, in deren § 5 nun – angesichts des Vorrangs und der unmittelbar anwendbaren europäischen Regelungen nur klarstellend – darauf hingewiesen wird, dass der Handel mit eigenen Aktien im Rahmen von Rückkaufprogrammen sowie Kursstabilisierungsmaßnahmen dann mit dem Verbot der Marktmanipulation zu vereinbaren ist, wenn die Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 2273/2003 beachtet werden. Damit ist zwar einer Forderung entsprochen worden, die auch *Grüger* selbst erhoben hat (S. 248). Der Leser, der allein am geltenden Recht interessiert ist, muss diese Analyse allerdings zu einem guten Teil selbst leisten, weil *Grüger* die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 2273/2003 zwar dargestellt hat, die hieraus resultierenden Auswirkungen auf das deutsche Recht in seiner den Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum bis Januar 2005 berücksichtigenden Arbeit aber nur aus dem Blickwinkel der Rechtsvergleichung bzw. unter der Perspektive de lege ferenda thematisiert werden (vgl. S. 138 ff., 250 ff.).

Degoutrie, Claus: „Scalping“ – Strafbedürftigkeit und Einordnung unter die tatbestandlichen Voraussetzungen der Kurs- und Marktpreismanipulation nach § 20a WpHG. Berlin: Logos Verlag 2007, 281 S. Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen, Band 10.

Die strafrechtliche Erfassung der als Scalping bezeichneten Fälle, in denen Wertpapiere in der Absicht erworben oder verkauft werden, diese anschließend anderen zum Erwerb oder Verkauf zu empfehlen, um dann selbst die Wertpapiere wieder zu verkaufen oder zu kaufen, wobei aufgrund der durch die Empfehlung ausgelösten steigenden oder sinkenden Kurse ein Gewinn realisiert wird, wird seit einigen Jahren kontrovers diskutiert. Die ursprünglich auf die Einordnung des Scalping als Insiderdelikt fokussierte Diskussion konzentriert sich im Anschluss an die einschlägige Grundsatzentscheidung des BGH (BGHSt. 48, 373 m. Anm. *Kudlich*, JR 2004, 191 ff.; *Schmitz*, JZ 2004, 526 ff.; *Vogel*, NSTZ 2004, 252 ff.) nunmehr auf die vom BGH bejahte Frage, ob Scalping als Kursmanipulation einzustufen ist.

Claus Degoutrie setzt in seiner von *Hilgendorf* betreuten Untersuchung sehr grundsätzlich an: Er geht zunächst der Frage nach, ob es sich beim Scalping überhaupt um eine Fallgestaltung handelt, die praktisch relevant sowie strafwürdig und -bedürftig ist. Die praktische Relevanz wird unter Verweis auf eine Reihe von Einzelfällen (Tele-Börse, Steinkühler, Prior, Opel) sowie die durch das Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe) und die BaFin durchgeführten Insideruntersuchungen bejaht (S. 62 ff.). Die Notwendigkeit einer Regulierung wird mit dem Argument bejaht, dass die durch Insiderhandel bewirkte Beeinträchtigung der Chancengleichheit der Marktteilnehmer zu einem Vertrauensverlust der Anleger führen könnte, die sich dann möglicherweise vom Kapitalmarkt zurückziehen und damit dessen Funktionsfähigkeit in Frage stellen (S. 82 ff.). Anders als *Hienzsch* unternimmt *Degoutrie* gar nicht erst den Versuch, diese These empirisch abzusichern, sondern lässt die Möglichkeit einer derartigen Entwicklung genügen (S. 87, 90). Konsequenterweise leitet er dann auch die Strafwürdigkeit aus der mit dem Scalping einhergehenden Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes ab (S. 93 ff.). Die Strafbedürftigkeit wird mit dem Argument bejaht, dass andere alternative Regelungsmodelle nicht zur Verfügung stehen. Ob Scalping als Kriminalstraftat oder aber als Ordnungswidrigkeit einzustufen ist, liege im Ermessen des Gesetzgebers (S. 100 ff.).

In einem zweiten und dritten Schritt untersucht *Degoutrie* sodann, ob Scalping auf der Grundlage des geltenden deutschen Strafrecht als Insiderdelikt oder als Kursmanipulation erfasst werden kann, wobei die Ausführungen hier darunter leiden, dass die einschlägigen Normen nicht problembezogen, sondern kommentarartig aufbereitet werden, wobei auch Teilbereiche einbezogen werden, die für die Problematik des Scalping ersichtlich ohne jede Relevanz sind.

Die Einordnung des Scalping als Insiderdelikt wird von *Degoutrie* verworfen, wobei die Frage, ob die Empfehlungsabsicht überhaupt als Insider-tatsache/Insiderinformation einzustufen ist, zwar angesprochen, letztlich aber nicht beantwortet wird (vgl. S. 174 ff., 236). Entscheidend ist für ihn – insoweit in Übereinstimmung mit der Auffassung des BGH –, dass Scalping nach den Vorgaben der Marktmissbrauchsrichtlinie als Fall der Kurs- und Marktpreismanipulation einzustufen ist (S. 188, 236). Tatsächlich sei Scalping ein Fall der Kurs- und Marktpreismanipulation i.S.d. §§ 38, 39 WpHG i.V.m. § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 5 WpHG i.V.m. § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV (S. 217 f.). Da sich die Einordnung als Fall der Kurs- und Markt-

preismanipulation aber nicht aus den Normen des WpHG ergebe, sondern erst durch die MaKonV begründet werde, sei diese Regelung im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG höchst bedenklich (S. 231 f., 238 f.). Der abschließende Satz „Letztlich dürfte die Beurteilung, ob die Ermächtigungsnorm § 20a WpHG bereits hinreichend bestimmt ist und ob die Rechtsverordnung tatsächlich eine ausschließlich zulässige ‚gewisse Spezifizierung‘ vornimmt, vom Bundesverfassungsgericht entschieden werden“ (S. 232), ist für sich gesehen nicht falsch, lässt den Leser aber doch etwas unbefriedigt zurück. Und die These „Um eine effektive und mit rechtsstaatlichen Grundsätzen konforme Regelung zu gestalten, müsste der deutsche Gesetzgeber entweder die Regelungskonstruktion des § 20a WpHG abändern oder besser noch einen gesonderten Tatbestand mit Unterkategorien schaffen, um solche Verhaltensweisen auch entsprechend verfassungskonform sanktionieren zu können“ (S. 239/240) wird nicht weiter ausgeführt.

II. Strafrechtlicher Schutz des geistigen Eigentums: Urheberrecht

Reinbacher, Tobias: Die Strafbarkeit der Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zum privaten Gebrauch nach dem Urheberrechtsgesetz. Berlin: Duncker & Humblot 2007, 357 S. Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 190.

Im Literaturbericht in ZStW 119 (2007), S. 361, 414 ff. war die handbuchartige Dissertation von *Hildebrandt* als neueres Standardwerk des Urheberstrafrechts vorgestellt worden. Schon dort (a.a.O., S. 417) hatten wir allerdings angemerkt, dass Fragen, die auf Grund der zunehmenden Digitalisierung von Daten und des Internets im Zusammenhang mit dem Urheberrecht auftreten, erstaunlicherweise weitgehend ausgeblendet wurden. Diese Lücke wird zu wichtigen Teilen von der hier angezeigten, von *Bernd Heinrich* betreuten, Dissertation von *Reinbacher* geschlossen, insbesondere soweit es um die Grenzen der Vervielfältigung zum privaten Gebrauch geht. Bei dieser Vervielfältigung zum privaten Gebrauch wird der Interessenkonflikt zwischen Nutzern/Konsumenten und Urhebern besonders deutlich, da hier einerseits der Schutz des Urhebers nicht so selbstverständlich ist, wie wenn es um die rechtswidrige kommerzielle Verwertung fremder Rechte geht, andererseits gerade aufgrund der leichten, qualitativ praktisch perfekten und nahezu unbegrenzt möglichen Vervielfältigbarkeit im Wege der Digitalisierung ernste Gefahren für die Rechtsposition des Urhebers drohen. Das

Recht zur Erstellung einer privaten Kopie nach § 53 UrhG ist dabei ebenso wie entsprechende Sonderregelungen für Computerprogramme oder Datenbankwerke ein Teil der auch für das Urheberstrafrecht geltenden Schranken des urheberrechtlichen Werkschutzes. Daraus erhellt bereits, dass die Arbeit von *Reinbacher* über weite Strecken materielles Urheberrecht behandelt, wobei jedoch die strafrechtliche Perspektive nie aus dem Auge verloren wird. Zeitlich berücksichtigt die Dissertation dabei das Urheberrecht in der Fassung vom September 2003; die gerade auch § 53 UrhG betreffenden Änderungen durch den „2. Korb“ der Urheberrechtsnovelle (vgl. dazu *Gercke*, ZUM 2007, 791 ff.) konnten noch nicht eingearbeitet werden, allerdings bezieht *Reinbacher* zu den zur Zeit der Fertigstellung seiner Arbeit bereits vorliegenden Entwürfen inhaltlich Stellung (vgl. S. 254 ff.).

Die Arbeit ist in sechs Teile gegliedert, wobei der erste Teil mit über Dreiviertel des Umfangs einen klaren Schwerpunkt bildet, während die Teile zwei bis sechs nur noch kurze Ergänzungen zu Sonderkonstellationen (S. 293 ff.: unerlaubte Eingriffe in verwandte Schutzrechte; unerlaubte Eingriffe in technische Schutzmaßnahmen), eine Zusammenfassung im Hinblick auf die einzelnen Werkarten (S. 301 ff.), einen knappen Abriss des einschlägigen Prozessrechts (einschließlich spezieller Probleme bei Internet-Sachverhalten, S. 310 ff.) sowie eine Zusammenfassung (S. 325 ff.) beinhalten. Der erste Teil (S. 27 ff.) stellt zunächst auf über 100 Seiten unter dem Stichwort des „objektiven Tatbestandes“ noch einmal allgemeine Grundsätze zum urheberrechtlichen Werkbegriff sowie zu den Vervielfältigungshandlungen vor (S. 81 ff.). Man lernt hier zwar (im Kontext der erforderlichen Gestaltungshöhe und des Schutzes der „kleinen Münze“) einiges Interessantes über das „Samplen von Sounds und Riffs“ und über „unbedingt ‚genormte‘ Schlagzeugbeats bei Techno-Musik“ (S. 44 f.). Der gesamte Teil bleibt aber im Wesentlichen deklaratorisch, und gerade die Diskussionen um die Feinheiten des Werkbegriffs spielen später für das eigentliche Thema der Arbeit keine entscheidende Rolle mehr und sind insoweit eher unspezifisch. Ob zum Stichwort „Vervielfältigungen im Internet“ (S. 105 ff.) heutzutage noch in so großem Umfang allgemeine technische Einführungen erforderlich sind, kann bezweifelt werden. Insgesamt ist aber zuzugeben, dass die Lektüre dieses gesamten Abschnittes nicht nur kurzweilig ist, sondern die Ausführungen auch hilfreich sein können, soweit das Buch auch als Handbuch „für die anwaltliche Praxis“ (so in der Verlagswerbung) gesehen werden soll.

Der nächste große Block beschäftigt sich mit dem Tatbestandsausschluss bei Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch (S. 135 ff.), wobei die allgemeine Regelung des § 53 UrhG im Mittelpunkt steht (vgl. S. 179 ff.). Innerhalb dieses Abschnitts liegt wiederum ein Schwerpunkt auf den die jüngere Diskussion maßgeblich beschäftigenden Peer-to-Peer-Tauschbörsen, wobei sich *Reinbacher* (etwa im Anschluss an *Heghmanns*, MMR 2004, 14 ff.) für § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG in der Fassung vor dem „2. Korb“ der Novelle für eine Strafbarkeit des Uploads (als unbefugtes öffentliches Zugänglichmachen) sowie – mangels Offensichtlichkeit der rechtswidrigen Erstellung der Kopie – für die grundsätzliche Straflosigkeit des Downloads ausspricht (S. 199 ff., mit interessanter Ergänzung zum Begriff der Offensichtlichkeit auf S. 219 ff.). Daneben werden aber auch die klassischen Einschränkungen der Privatkopie etwa für Noten (S. 229 ff.) und vollständige Kopien von Büchern (S. 231 f.) behandelt. Schließlich werden die Strafbarkeit und ihre Grenzen auch noch kurz an verfassungsrechtlichen Maßstäben gemessen (S. 246 ff.).

Mehrere kürzere Abschnitte (S. 261 ff.) beschäftigen sich schließlich mit Fragen der allgemeinen Dogmatik, insbesondere mit dem Vorsatz, der Schuld, der Versuchsstrafbarkeit sowie mit den Problemen von Täterschaft und Teilnahme. Die interessantesten und zugleich wichtigsten Fragen betreffen dabei Irrtumskonstellationen im Rahmen des § 106 UrhG. *Reinbacher* nimmt hier hinsichtlich der Werkeigenschaft und der Nichtberechtigung normative Tatbestandsmerkmale an, geht aber hinsichtlich des Vorliegens eines gesetzlichen zugelassenen Falles von einem Blankettcharakter des § 106 UrhG aus, wobei im Zuge der Ausfüllung dieses Blanketts wiederum normative oder deskriptive Merkmale auftreten können. Im Ergebnis führt dies vielfach, aber nicht ausschließlich zu Tatbestandsirrtümern (vgl. S. 263 ff.), wobei *Reinbacher* beim umgekehrten Irrtum über die normativen Tatbestandsmerkmale keinen Umkehrschluss in Richtung auf einen untauglichen Versuch annehmen möchte (vgl. S. 276 f.) und damit im Ergebnis zu einer weitgehend strafbarkeitsvermeidenden Auslegung kommt.

III. Insolvenzstrafrecht

Das Insolvenzstrafrecht und die Auswirkungen der Insolvenzordnung auf die §§ 283 ff. StGB waren bereits Gegenstand des Literaturberichts in ZStW 118 (2006), S. 717, 733 ff. Ein spezieller Ausschnitt aus dem letztgenannten Problemkreis wird auch in zweien der hier anzuzeigenden Werke behandelt

(vgl. unten *Erdmann* und *Stracke*), während das dritte in dieser Kategorie anzuzeigende Werk ein strafprozessuales Spezialproblem behandelt (sogleich *Schulte*).

Schulte, Katrin: Das Konkurrenzverhältnis von Insolvenzbeschlagnahme und strafprozessualer Beschlagnahme. Hamburg: Dr. Kovač 2007, XX 410 S. Strafrecht in Forschung und Praxis, Band 97

In der Mannheimer Dissertation von *Schulte* über das Konkurrenzverhältnis von Insolvenzbeschlagnahme und strafprozessualer Beschlagnahme geht es im Kern um folgendes Problem: Sowohl das Insolvenzverfahren (und zwar gleichviel das Regelinsolvenzverfahren wie besondere Verfahren der Insolvenzordnung vgl. S. 14 ff.) als auch das Strafverfahren kennen den Begriff der Beschlagnahme (vgl. § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. §§ 35, 36 InsO einerseits und §§ 94 ff., 111b ff. StPO andererseits). Entsprechende Interessenkonflikte sind vorprogrammiert: Der Insolvenzverwalter möchte die zur Masse gehörenden Gegenstände zur Befriedigung der Gläubiger einsetzen, während die Strafverfolgungsbehörden Interesse daran haben, die Gegenstände zu Beweis- oder Sicherungszwecken zu beschlagnahmen (vgl. S. 2). Soweit das Problem gesehen wird, geht – auf den ersten Blick „rechtsgebietsautistisch“ – die insolvenzrechtliche Literatur regelmäßig von einem Vorrang des Insolvenzbeschlagnahmes aus, während die strafrechtliche Literatur einen Vorrang jedenfalls der Beweismittelbeschlagnahme nach § 94 Abs. 2 StPO annimmt (vgl. S. 41 ff.). Dagegen wird die Beschlagnahme gem. §§ 111b, 111c StPO, nicht zuletzt mit Blick auf die Wertung des § 73 Abs. 1 StGB, nahezu einhellig für nachrangig gehalten (vgl. S. 52 ff.).

In Ihrer Untersuchung geht *Schulte* nach einer kurzen Problemskizze, Begriffsklärung sowie Rekapitulation des Meinungsstandes im ersten Teil (S. 1 ff.) im zentralen und umfangreichsten zweiten Teil (S. 67 ff.) vorrangig auf die „Hauptfallgruppe“ der Konkurrenz zwischen Beweisbeschlagnahme nach §§ 94 ff. StPO einerseits und Insolvenzbeschlagnahme andererseits ein. Dabei wird zunächst detailliert untersucht, ob (und im Ergebnis dann auch festgestellt, dass) Beweismittelbeschlagnahme und Insolvenzbeschlagnahme nach den tatbestandlichen Voraussetzungen überhaupt zusammentreffen können (S. 67 ff.). Zur Klärung des daraus folgenden Verhältnisses mehrerer Beschlagnahmen zueinander (S. 121 ff.), wendet sich *Schulte* zunächst der Verstrickung als „grundlegender Wirkung der Beschlagnahme“ zu. Aus der Untersuchung anderer Fälle des Zusammentreffens mehrerer Beschlagnah-

men (S. 140 ff.) entwickelt sie generelle Leitlinien zur Lösung solcher Konkurrenzverhältnisse (S. 167 ff.), wobei zunächst zu untersuchen sei, ob die Wirkungen der einzelnen Beschlagnahmen nebeneinander bestehen können und ob verneinendenfalls aus diesen Wirkungen selbst der Vorrang einer der beiden Beschlagnahmen abgeleitet werden kann. Auf dieser Grundlage werden dann die Wirkungen der strafprozessualen und insolvenzrechtlichen Beschlagnahme sowie die Zwecke der beiden Beschlagnahmen miteinander verglichen und abgewogen (S. 233 ff.), wobei auch der Topos der „Rigidität“ des Insolvenzrechts behandelt, letztlich aber für das Strafverfahrensrecht als nicht einschlägig erachtet wird (vgl. S. 253 ff.). Im Ergebnis nimmt auch *Schulte* einen Vorrang einer Beweismittelbeschlagnahme insbesondere aufgrund der „Wirkungen des Insolvenzbeschlags“ an, „der den Insolvenzverwalter in die Rechtsposition des Insolvenzschuldners einrücken lässt. Die Eigentümer- bzw. Besitzstellung des Schuldners ist aber von vornherein mit der Möglichkeit einer Beeinträchtigung durch eine Beweismittelbeschlagnahme belastet“ (vgl. S. 281). In einem abschließenden Abschnitt des zweiten Teils (S. 283 ff.) werden noch mögliche Entscheidungstopoi für Einzelfallentscheidungen dargestellt. Im dritten Teil (S. 317 ff.) werden dann noch weitere Fallgruppen der prozessualen Beschlagnahme (§§ 111b ff.; 290 ff.; 132 Abs. 3; 443 StPO) in ihrem Verhältnis zum Insolvenzbeschluss behandelt.

Bei der Lektüre der Arbeit drängt sich zunächst die Frage auf, ob das Thema tatsächlich einer über 350 (freilich großzügig bedruckten) Seiten starken Abhandlung bedarf. Und in der Tat finden sich immer wieder Passagen, die den Eindruck erwecken, dass hier nur noch zusätzliche Inhalte „aufgefüllt“ werden, ohne dass die Überlegungen für die Fragestellung und die Gedankenführung tatsächlich von großer Bedeutung sind (etwa S. 68 ff. zur Bestimmung eines Anfangsverdachts als selbstverständliche Voraussetzung strafprozessualer Ermittlungen und damit auch einer Beschlagnahmearordnung). Letztlich würde man es sich aber zu leicht machen, wollte man auch für das Ergebnis der hauptsächlich untersuchten Fallgruppe ohne weiteres davon ausgehen, dass „selbstverständlich“ die prozessuale Beschlagnahme vorgehen müsse, da diese ja auch ins Schuldnervermögen hätte erfolgen können, so dass der Insolvenzverwalter keine stärkere Rechtsposition haben könne. Denn die „Rigidität“ des Insolvenzverfahrens kommt gerade darin zum Ausdruck, dass zu Gunsten der Masseerhaltung und damit der späteren Gläubigerbefriedigung diverse Rechte an zur Masse gehörenden Gütern eingeschränkt sind. Dass dies für §§ 94 ff. StPO – auch durchaus anders als gegenüber der Beschlagnahme zur Sicherung des Verfalls bzw. im

Rahmen der Zurückgewinnungshilfe – nicht der Fall ist, überzeugt zwar im Ergebnis, verdient aber durchaus eine sorgfältige Herleitung und Begründung. Diese hat *Schulte* mit ihrem gestuften System der Vergleichsmaßstäbe (Wirksamkeit; ggf. Konkurrenz; ggf. Rechtsfolgen) anschaulich geliefert.

Erdmann, Sven: Die Krisenbegriffe der Insolvenzstraftatbestände (§§ 283 ff. StGB). Berlin: Duncker & Humblot 2007, 234 S. Schriften zum Strafrecht, Heft 91; *Stracke, Dorothee*: Zur Übertragbarkeit des zivilrechtlichen Verschuldungsbegriffs in das Strafrecht. Berlin: de Gruyter 2007, XXVI, 519 S. Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht.

Das richtige Verständnis der Insolvenzgründe bzw. Krisenmerkmale ist ein altes Problem der Auslegung der §§ 283 ff. StGB und der Insolvenzverfahrenverschleppungsdelikte. Für die sog. Überschuldung hatte sich in Rechtsprechung und Literatur vor dem Inkrafttreten der InsO weitgehend ein modifizierter zweistufiger Überschuldungsbegriff durchgesetzt, wonach zunächst eine Überschuldungsbilanz nach Liquidationswerten zu erstellen und – wenn danach rechnerisch eine Überschuldung vorlag – eine Fortführungsprognose anzustellen war. Nur bei negativer Prognose sollte eine Überschuldung vorliegen (zum Überschuldungsbegriff in seiner historischen Entwicklung vgl. *Stracke* S. 6 f.). Das Merkmal der Zahlungsunfähigkeit war dahingehend einschränkend ausgelegt worden, dass nur das auf dem Mangel von Zahlungsmitteln beruhende dauernde Unvermögen des Schuldners, seine sofort zu erfüllenden und ernsthaft eingeforderten Zahlungspflichten im Wesentlichen begleichen zu können, ausreichend sein sollte (vgl. *Erdmann*, S. 113 f. m. w. N.). Nach der Aufnahme von Legaldefinitionen für die Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung in die §§ 17–19 InsO entstand nun die Frage, ob und mit welcher Verbindlichkeit diese auch für das Strafrecht Geltung zu beanspruchen haben.

Dieses Problem, das auch schon in den in ZStW 118 (2006), S. 717, 738 ff. vorgestellten Monographien von *Röhm* und *Penzlin* eine zentrale Rolle gespielt hatte, wird in zwei neueren Arbeiten noch einmal vertieft behandelt. Die von *Kindhäuser* betreute Arbeit von *Erdmann* widmet sich dabei allen drei in § 283 StGB genannten Krisenmerkmalen, ist aber dabei zugleich auf das Insolvenzstrafrecht nach dem StGB beschränkt. Die von *Haffke* betreute Arbeit von *Stracke* beschränkt sich dagegen vorrangig auf den Überschuldungsbegriff, hat dabei aber neben den §§ 283 ff. StGB auch die Insol-

venzverfahrenverschleppungsdelikte im Blick, was nicht zuletzt deswegen reizvoll ist, weil *Erdmann* die Überschuldung als neben der drohenden Zahlungsunfähigkeit überflüssig erachtet (vgl. S. 208 ff.) und er konsequenterweise ihre Streichung *de lege ferenda* fordert.

Beide Arbeiten, die offenbar zeitlich weitgehend parallel entstanden sind, so dass keine der beiden in der jeweils anderen aufgegriffen werden konnte, unterscheiden sich aber nicht nur in ihrem näheren thematischen Zuschnitt, sondern auch in ihrem Zugriff auf das Problem: *Erdmanns* Werk ist – trotz zweier einführender Grundlagenteile zur Insolvenzordnung und ihrer Funktion (S. 21 ff.) sowie zu den Insolvenztatbeständen der §§ 283 ff. StGB (vgl. S. 46 ff.) – insgesamt schlank gehalten. Der Text ist stets gut lesbar, die Argumentation meist sorgfältig, wenngleich in den Begründungen mitunter etwas apodiktisch. Im Mittelpunkt stehen teleologische Erwägungen (grundlegend S. 103 ff.), die immer wieder von der Funktion der Krisenmerkmale im Tatbestand der Bankrottdelikte ausgehen und den Gläubigerschutz mit der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit der in § 283 StGB genannten Handlungsmodalitäten in Beziehung setzen. Demgegenüber steht *Strackes* thematisch etwas enger angelegtes Werk konzeptionell auf einem viel breiteren Fundament. Die Arbeit breitet ihre gedanklichen Grundlagen weit aus, wobei insbesondere der Abschnitt über die rechtshistorische Entwicklung (S. 63 ff.) für die spätere Gedankenführung nicht in dieser Ausführlichkeit erforderlich gewesen wäre, während die auf S. 130 beginnenden stark betriebswirtschaftlich geprägten Überlegungen zwar für einen (Straf-)Juristen keine leichte Kost sind, aber deutlich machen, dass die Verfasserin insoweit bemerkenswert beschlagen bzw. gut beraten ist, was entscheidend zur Fundierung und Überzeugungskraft ihrer Ausführungen beiträgt. Nicht nur auf Grund des Umfangs und etwaiger betriebswirtschaftlicher Termini ist die Arbeit allerdings etwas sperriger als diejenige von *Erdmann*.

Einigkeit besteht zwischen *Erdmann* (S. 92 ff.) und *Stracke* (S. 276 ff., 407 ff.) darüber, dass die Begriffsbildung in den §§ 283 ff. StGB nicht zwingend akzessorisch zu derjenigen der InsO erfolgen muss. Speziell für den Überschuldungsbegriff geht *Stracke* freilich davon aus, dass im Ergebnis der zivilrechtliche Überschuldungstatbestand weitgehend in das Strafrecht übertragbar ist, wobei sie für die Insolvenzverfahrenverschleppungsdelikte sogar von einem „Übertragungszwang“, für die Bankrottdelikte dagegen von einem „Übertragungsgebot aus strafrechtsautonomen Gründen“ ausgeht. *Erdmann*, der alle drei Krisenmerkmale der Zahlungsunfähigkeit (S. 113 ff.), der drohenden Zahlungsunfähigkeit (S. 135 ff.) sowie schließlich

ausführlich auch der Überschuldung (S. 157 ff.) untersucht, kommt für die Zahlungsunfähigkeit zu dem Ergebnis, dass die durch den Gesetzgeber der InsO vorgenommene Erweiterung gegenüber der bis dahin und auch insbesondere in der strafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung immer noch vertretenen restriktiven Auslegung (kein Erfordernis des ernsthaften Einforderns und der Wesentlichkeit der Deckungslücke sowie der Dauerhaftigkeit des Zahlungsunvermögens) begrüßenswert ist. Für die „drohende Zahlungsunfähigkeit“ sieht *Erdmann* den Schwerpunkt des „Drohens“ nicht in der zeitlichen Nähe, sondern in der nahe liegenden Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit, wobei er eine Beschränkung des Prognosezeitraums auf die im Prognosezeitpunkt bestehenden Verbindlichkeiten ablehnt. Für die Überschuldung bevorzugt *Erdmann* auch nach Inkrafttreten von § 19 Abs. 2 InsO den modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff, sieht diesen aber im Hinblick auf die Alternative der drohenden Zahlungsunfähigkeit als entbehrlich an (vgl. bereits oben).

Demgegenüber ist *Stracke* der Ansicht, das Krisenmerkmal der Überschuldung sei – auch für die §§ 283 ff. StGB – berechtigt und wichtig, da ihr eine besondere Gläubigerschutzfunktion zukomme, könne doch die Überschuldung in einem durch zahlreiche Verflechtungen und Fremdkapitalaufnahme geprägten Wirtschaftssystem auch bereits vorliegen, wenn sich die Zahlungsunfähigkeit noch nicht hinreichend abzeichne (vgl. etwa S. 52 f.). Nach *umfassenden* Grundlegungen, die neben den bereits genannten historischen und betriebswirtschaftlichen Aspekten auch den Meinungsstand seit Inkrafttreten der InsO nachzeichnen (vgl. S. 276 ff.), entwickelt *Stracke* ihr eigenes Lösungsmodell (S. 384 ff.): Dabei geht sie, angelehnt an § 19 Abs. 2 InsO, von einem traditionell zweistufigen Überschuldungsbegriff aus, wobei der Bilanz die Fortführungswerte schon dann zugrunde gelegt werden können, wenn ein Fortführungswille seitens des Unternehmensinhabers besteht und die Fortführung nicht ganz unwahrscheinlich ist. Bei den Insolvenzverfahrensversehlungsdelikten soll dabei eine Fortführungsprognose in jedem Fall erforderlich sein, während bei den Bankrottdelikten eine Überschuldung dann verneint werden kann, wenn das Unternehmen nach Liquidationswerten nicht überschuldet ist. Die Erstellung des Überschuldungsstatus soll dabei nach der im Einzelfall für den Schuldner günstigsten Bewertungsmethode vorgenommen werden, was *Stracke* jedoch, anders als etwa *Tiedemann*, der diesen Gedanken grundlegend entwickelt hat, nicht auf den Grundsatz „in dubio pro reo“, sondern auf die von Art. 103 Abs. 2 GG geforderte Normklarheit stützt (vgl. S. 485 ff.). Dies hindert *Stracke* freilich nicht, Bewertungs-

verfahren vorzuschlagen, die für den Regelfall Anwendung finden sollen. Zu bemerken bleibt schließlich noch, dass sich *Stracke* auch kurz der Frage nach der Anwendung der Bankrottatbestände bzw. insbesondere des Überschuldungsmerkmals auf die Verbraucherinsolvenz zuwendet (S. 369 ff.), welche sie grundsätzlich bejaht, für die sie aber von Verfassungs wegen eine Beschränkung des Strafrahmens auf bis zu zwei Jahre fordert (vgl. S. 466).

Mit den Werken von *Erdmann* und *Stracke* liegen zwei weitere interessante Stellungnahmen zur Auslegung der Krisenmerkmale vor. Dass sie zumindest teilweise zu ganz gegensätzlichen Ergebnissen kommen, zeigt, dass die Frage schwierig und letztlich noch nicht verbindlich ausdiskutiert ist. Obwohl beide Arbeiten über mehr oder weniger weite Strecken auch reproduktiv sind, wird man in dieser Diskussion an ihnen nicht vorbeikommen.

IV. Korruptionsstrafrecht

Nicht zuletzt aufgrund von aktuellen, auch die nichtjuristische Diskussion beschäftigenden Fällen bildet das Korruptionsstrafrecht einen Schwerpunkt der gegenwärtigen wirtschaftsstrafrechtlichen Diskussion, der sich auch in mehreren hier anzuzeigenden Werken niederschlägt. Zwei von ihnen widmen sich dabei in allgemeiner Form der Geschichte und Struktur sowie den Perspektiven der Amtsbestechungsdelikte (§§ 331 ff. StGB; vgl. dazu sogleich *Köhler* und *Rüdiger*). Ein drittes Werk behandelt demgegenüber in allgemeiner Form die Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB; vgl. unten *Köpsel*). Eher speziellen Themen gewidmet sind schließlich eine Arbeit speziell zu internationalen Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung (vgl. unten *Nagel*) sowie ein Werk zum Problem der Zusammenarbeit zwischen Industrie und Ärzten an medizinischen Hochschuleinrichtungen (vgl. dazu zuletzt *Albus*).

Köhler, Michael: Die Reform der Bestechungsdelikte. Reformgeschichte und Reformperspektiven unter besonderer Berücksichtigung der subjektiven Tatumstände der §§ 331 ff. StGB. Frankfurt/M.: Peter Lang 2005, XX 224 S. Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Rechtswissenschaft, Band, 4283; *Rüdiger, Christiane*: Schutzinteresse und Deliktsstruktur der „Bestechungsdelikte“ (§§ 331 ff. StGB). Frankfurt/M.: Peter Lang 2007, XII 309 S. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Band 98.

Die allgemein gestiegene oder doch zumindest stärker wahrgenommene Bedeutung der Korruption, verbunden mit Sonderfragen in speziellen Konstel-

lationen (etwa bei der Drittmittelforschung; vgl. dazu auch bereits ZStW 119 [2007], S. 361, 371 ff.) haben im Berichtszeitraum zwei Untersuchungen angestoßen, die sich mit den Bestechungsdelikten der §§ 331 ff. StGB aus einem allgemeinen Blickwinkel befassen, um deren Legitimation und Struktur herauszuarbeiten und damit mittelbar auch einen Beitrag gerade auch für Grenzfälle liefern zu können. Dabei ist *Rüdigers* von *Kargl* betreute Arbeit stark grundlagenorientiert und setzt sich nicht zuletzt auch mit allgemeinen Fragen des Rechtsgutsverständnisses auseinander, während *Köhlers* ebenfalls in Frankfurt von *Prittitz* betreute Arbeit sich stärker mit der tatsächlichen Rechtsanwendung in der historischen Entwicklung befasst – ohne trotz ihres Erscheinens im Jahre 2005 in der zwei Jahre später publizierten Arbeit von *Rüdiger* Aufnahme gefunden zu haben. Wichtiger Ausgangspunkt beider Arbeiten ist der verbreitete Ansatz, wonach der Schutzzweck der Bestechungsdelikte darin besteht, das „Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachlichkeit dienstlicher Tätigkeit und damit in die Nichtkäuflichkeit von Diensthandlungen“ zu gewährleisten (vgl. *Köhler*, S. 16 sowie – nach einer detaillierteren Darstellung alternativer Ansätze – auch *Rüdiger*, S. 51 ff.). Die daran anschließende Frage geht bei *Rüdiger* nach einer weiteren Beschreibung des Meinungsstands zur Deliktsstruktur sowie einer kritischen Stellungnahme zum Meinungsstand (vgl. S. 65 ff., 74 ff.) dahin, ob die Bestechungsdelikte generell legitimierbar sind (vgl. S. 92) und inwieweit das Strafrecht als Mittel der Kriminalpolitik eingesetzt werden darf (vgl. S. 95). Demgegenüber untersucht *Köhler*, inwiefern ein kritisches Potential des Rechtsguts der Bestechungsdelikte auch bei ihrer konkreten Anwendung insbesondere in der Rechtsprechung vor allem mit Blick auf subjektive Tatbestandsmerkmale nutzbar gemacht wird.

In der Konsequenz befasst sich *Rüdiger* zunächst einmal – losgelöst von den Bestechungsdelikten, aber auf diese immer wieder zurückkommend – mit verschiedenen Rechtsgrund- bzw. Strafgrundkonzeptionen, ausgehend von der Vorstellung der Rechtsverletzung bei *Feuerbach* (S. 103 ff.) über das klassische Rechtsgutsdogma (S. 112 ff.) bis hin zu systemstabilisierenden Ansätzen (S. 153 ff.) und personalen Strafrechtskonzepten (S. 204 ff.). Aus den von ihr dabei gewonnenen Erkenntnissen kommt sie zu „einer aus freiheitlich verstandenen Entwicklungsinteressen legitimierten teleologischen Konzeption der Strafe“, auf deren Grundlage den Bestechungsdelikten die Legitimation versagt bleiben müsse, „wenn der den Vorschriften zugrunde liegende Schutzzweck nicht dem Schutz freiheitsbegründender menschlicher Entwicklungsinteressen zu dienen bestimmt ist“ (S. 239). Im Ergebnis

führt dies *Rüdiger* dann dazu, dass die Tatbestände der Vorteilsannahme und -gewährung aus dem Kriminalstrafrecht entfernt werden müssten und auch der Anwendungsbereich der Bestechung und Bestechlichkeit auf Fälle beschränkt bleiben muss, in denen eine pflichtwidrige oder im Ermessen beeinflusste Diensthandlung aus der Vorteilsgabe resultiert.

Köhler untersucht demgegenüber die tatsächliche Anwendung der Korruptionsdelikte durch die Rechtsprechung insbesondere mit Blick auf subjektive Elemente bei verschiedenen Tatbestandmerkmalen und beim Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (vgl. S. 17 ff., 22 ff.). Für den ersten von ihm insoweit betrachteten Beobachtungszeitraum von 1891 bis 1974 glaubt er die Tendenz erkennen zu können, dass das gleichsam subjektive Substrat des „Vertrauens der Allgemeinheit“ zunehmend verloren geht, was auch in der Rechtsentwicklung zwischen 1974 und 1997 (S. 48 ff.) in der Rechtsprechung fortgeführt worden sei. Ähnliches konstatiert er auch für die Entwicklung seit dem *KorrBekG* im Jahre 1997 (S. 74 ff.), wobei er sich hier nicht nur auf die subjektiven Elemente beschränkt, sondern sich auch kritisch etwa zur Berücksichtigung von Dritt Vorteilen (S. 79 ff.) und zur Lockerung der Unrechtsvereinbarung (S. 83 ff.) äußert. Demgegenüber glaubt er in den internationalen Maßnahmen des EU-Bestechungsgesetzes und des *IntBestG* (vgl. S. 94 ff., sowie dazu unten auch das Werk von *Nagel*) eher eine restriktive Tendenz zu erkennen, deren Berechtigung er auch durch einen – freilich sehr summarischen – Rechtsvergleich (S. 97 ff.) bestätigt sieht.

Das daraus entstehende Auseinanderklaffen zwischen „intuitiver“ Bewertung bestimmter Verhaltensweisen, Bewertung der Strafbedürftigkeit und strafrechtlicher Subsumtion aufgrund der aktuellen Gesetzeslage und ihrer Auslegung in der Rechtsprechung exemplifiziert *Köhler* anschließend an drei Beispielfällen aus dem Bereich des Medizin- und Kultursponsorings (vgl. S. 111 ff.). Die hieraus erwachsenden Abweichungen lassen ihn nach Korrektivinstrumenten suchen (vgl. S. 153 ff.), unter denen insbesondere der Gedanke der Sozialadäquanz kleinerer Zuwendungen sowie die vor allem im Zusammenhang mit dem Medizinsponsoring entwickelten Ansätze diskutiert werden. In einem letzten großen Teil der Arbeit geht *Köhler* dann der Frage nach, ob das öffentliche Disziplinarrecht eine hinreichende Alternative zum hypertrophen Strafrecht sein kann (vgl. S. 167 ff.), was er verneint. Als Konsequenz seiner Überlegungen ist er der Ansicht, das Rechtsgut der Bestechungsdelikte „sollte zwecks Vermeidung einer Überreaktion des Strafrechts kein isoliert betrachteter Vertrauensschutz“ sein, „sondern der

tragende Rechtsgedanke sollte auf die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen abstellen“, womit „alle denkbaren Fälle eines Regelungskonflikts zwischen Erlaubnisnorm und strafrechtlicher Verbotsnorm (...) gelöst“ werden müssen (vgl. S. 207).

Beide sehr detailreichen Werke sind nicht immer ganz leichte Kost: *Rüdigers* Arbeit aufgrund einer Theorielastigkeit, die zu abstrakten Prämissen führt, aus denen sich letztlich wohl für die konkrete Rechtsanwendung doch deutlich weniger ableiten lässt, als die Verfasserin glauben machen möchte; die Arbeit *Köhlers* aufgrund einer mitunter zu „kleinteiligen“ Gliederung mit sich wiederholenden Gedankengängen. Im Ergebnis wenden sich beide Arbeiten gegen das gegenwärtige Klima einer immer weiteren Ausdehnung der strafrechtlichen Korruptionsbekämpfung und wollen die Korruptionsdelikte restriktiv handhaben, wobei ihrer Ansicht nach das klassische Rechtsgutsverständnis der §§ 331 ff. StGB eine Überkriminalisierung begünstigen kann. Im konkreten Umgang damit wählen beide Arbeiten ganz unterschiedliche Zugänge. Jedenfalls in ihrer Summe bieten sie aber ein interessantes Bild der Probleme, die bei einer starken Funktionalisierung des Strafrechts im Rahmen der Bekämpfung des Phänomens Korruption bei einem freiheitssichernd verstandenen Rechtsgutsverständnis auftreten können.

Koepsel, Anne: Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB). Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm. Göttingen: V & R unipress 2006, 225 S. Osnabrücker Abhandlungen zum gesamten Wirtschaftsstrafrecht, Band 7.

Ähnlich wie die in ZStW 119 (2007), S. 361, 373 ff., bereits vorgestellte, im hier angezeigten Werk noch nicht berücksichtigte Arbeit von *Pragal* befasst sich auch *Koepsel* in ihrer von *Schulz* betreuten Arbeit in umfassender Weise mit der Vorschrift des § 299 StGB. Obgleich *Koepsels* Standpunkt und insbesondere Duktus deutlich moderater sind als der von *Pragal*, spricht auch sie sich – soviel sei hier bereits vorweggenommen – für ein erweitertes Verständnis der Vorschrift oder aber für eine Strafbarkeitsausweitung *de lege ferenda* aus (vgl. S. 213), wobei die Forderungen auch inhaltlich zum Teil durchaus mit den bei *Pragal* zu findenden übereinstimmen.

Nach einer kurzen Einleitung untersucht *Koepsel* zunächst in knapper Form die historischen (S. 25 ff.) und wirtschaftlichen (S. 34 ff.) Grundlagen der Korruption im privaten Bereich. Dafür wird die Entstehungsgeschichte des § 299 StGB bis ins Ende des 19. Jahrhunderts zurückverfolgt und die

Geschichte der Strafbarkeit von seiner ersten Verankerung im OWiG über die Verlegung ins Kernstrafrecht bis hin zu aktuellen internationalen bzw. gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nachverfolgt, während als wirtschaftliche Grundlagen an dieser Stelle nur sehr allgemein der Begriff und die Funktion des wirtschaftlichen Wettbewerbs beschrieben werden.

Eine Vertiefung erfolgt dann im 3. Teil, in dem zunächst die wirtschaftlichen Auswirkungen der Bestechung analysiert werden (S. 46 ff.). *Koepsel* unterscheidet dabei zwischen Wirkungen für den Wettbewerb, für die Konkurrenten, für den Geschäftsherrn als typischen Anwendungsbereich einer Principle-Agent-Konstellation und für den Kunden. Dabei kommt sie insgesamt zu dem Ergebnis, dass sich „die negative Bewertung der Bestechung nicht allein auf genau bezifferbare Schäden für die Gesamtwirtschaft oder einzelner Marktbeteiligter stützen kann“, sondern vielmehr in Gestalt der Beeinträchtigung der positiven Funktion des Wettbewerbs und der Ausstrahlungswirkung auf ausländische Direktinvestitionen von Interesse ist und daher eher „gesamtwirtschaftliche Bedeutung“ hat (vgl. S. 61 f.).

Die von *Koepsel* so bezeichnete „juristische Perspektive“ beinhaltet insbesondere die Auseinandersetzung mit dem Rechtsgut des Bestechungsverbots im privaten Verkehr. Der Meinungsstand wird dabei ausgehend von der herrschenden, ein Bündel verschiedener Rechtsgüter kombinierenden Meinung (vielfach: Wettbewerb, Mitbewerber, Vermögensinteressen, Chancengleichheit) ausführlich nachgezeichnet, wobei auch hier wieder eine Differenzierung nach Interessen des Geschäftsherrn (S. 67 ff., auch im Verhältnis zu § 266 StGB), der Kunden (S. 79 ff.), der Konkurrenten (S. 81 ff., einschließlich einer vertieften Untersuchung des Topos der „Chancengleichheit“) sowie allgemein des lauterer Wettbewerbs nachgezeichnet wird. In kritischer Auseinandersetzung mit den dazu bisher vertretenen Ansichten entwickelt *Koepsel* ihren eigenen Standpunkt, nach dem § 299 StGB das „Leistungsprinzip schütze“. Dabei geht sie, insoweit wiederum teilweise mit *Pragel* übereinstimmend, mit *Volk* vom Bild der Korruption als Tausch unter „Regelverstoß“ aus, ergänzt diese zunächst einmal formale Beschreibung aber noch um den materiellen Inhalt, gegen welche Regel im vorliegenden Problemfeld verstoßen wird, wenn „Entscheidungen gekauft“ werden (vgl. S. 99 f.). Den Grund für diese Regel sieht *Koepsel* im Leistungsprinzip, welches zugleich auch zur Präzisierung des Rechtsguts „lauterer Wettbewerb“ herangezogen werden könne (vgl. S. 108 f.).

In einem weiteren umfangreichen Kapitel (S. 113 ff.) behandelt *Koepsel* den Anwendungsbereich des § 299 StGB *de lege lata*: Dabei wendet sie sich

zunächst dem von ihr so bezeichneten „Standardfall des § 299“ zu, d.h. der Bestechung eines Angestellten zwecks Auftragserlangung im Anbieterwettbewerb (S. 113 ff.). Erster Problemschwerpunkt ist dabei das Wettbewerbsanforderndnis, insbesondere bei einem zweistufigen Verfahren, bei dem erst eine „Zulassung“ in den Kreis möglicher Wettbewerber erfolgen muss. Der zweite näher behandelte Problemkreis sind die „sozialadäquaten Zuwendungen“ (S. 123 ff.), einschließlich einer Vertiefung der Zuwendung von Bargeld (S. 133 ff.) und des Forderns geringwertiger Zuwendungen durch den Angestellten (S. 135 f.). Des Weiteren befasst sich *Koepsel* aber auch mit von ihr sog. „Randfällen“ der Bestechung, d.h. atypischen Fallkonstellationen, in denen sie nicht zuletzt eine Auslegung des § 299 StGB unter Zugrundelegung der Rechtsgüter der h. M. einer Auslegung unter Anbindung an das von ihr favorisierte Rechtsgut gegenüberstellt. Die von ihr so behandelten Fallgruppen betreffen die Einflussnahme durch Tatsachenmanipulation (S. 140 ff.), die Bevorzugung bei der Zahlungsabwicklung (S. 148 ff.), Bestechungshandlungen im Vorfeld eines Vertragsabschlusses (S. 153 ff.), „entschleierte Schmiergelder“ bei Zahlungen mit Wissen des Geschäftsherrn wie im bekannten Korkengeld-Fall (S. 157 ff.) sowie Dritt Vorteile, die an das Unternehmen des Angestellten selbst gehen (S. 166 ff.). Dass *Koepsel* dabei regelmäßig zu dem Ergebnis kommt, eine als angemessen betrachtete Auslegung könne auf der Basis ihres eigenen Rechtsgutsverständnisses mindestens gleich gut, oft aber auch besser begründet werden, wird niemanden erstaunen. Aber auch wer diese Bewertung nicht in jedem Einzelfall mit treffen möchte, wird nicht umhinkönnen, das von *Koepsel* favorisierte „Leistungsprinzip“ als Rechtsgut vielfach als plausibel und für die Falllösung zumindest als illustrierend zu konzedieren.

Der letzte größere Teil der Arbeit ist der Frage nach einem Änderungs- und insbesondere Erweiterungsbedarf des § 299 StGB *de lege ferenda* gewidmet. *Koepsel* diskutiert hier die in diesem Zusammenhang auch sonst oft problematisierten Fallgruppen, in denen (vermeintlich) nicht inkriminierte Verhaltensweisen mit strafrechtlich relevanten Bestechungsvorgängen wertungsmäßig große Gemeinsamkeiten zu haben scheinen, ohne vom Tatbestand jedoch erfasst zu sein. Es handelt sich hier zunächst um die Bestechung des Geschäftsinhabers (S. 177 ff.) und um die Bestechung im Zusammenhang mit freiberuflichen Leistungen (S. 192 ff.), die *Koepsel* freilich nicht zuletzt aufgrund der historischen Herkunft des § 299 StGB aus dem UWG, das mittlerweile statt nur von gewerblichen Leistungen vielfach auch von Diensthandlungen spricht, auch *de lege lata* schon für erfasst hält

und deshalb de lege ferenda nur noch einen Klarstellungsbedarf sieht. Weitere Themenbereiche sind die Bestechung von Angestellten im privaten Verkehr (S. 195 ff.), bei denen echte Wettbewerbsauswirkungen nach *Koepsel* so selten sind, dass eine Strafbarkeitslücke hinzunehmen ist, das „Anfüttern“ bzw. die „Klimapflege“ (S. 200 ff.), welche *Koepsel* auch zu großen Teilen bereits „bei entsprechend weiter Auslegung des Bestimmtheitserfordernisses“ (S. 206) als vom Tatbestand umfasst sieht, sowie schließlich die Bestechung im geschäftlichen Verkehr außerhalb des Wettbewerbs (S. 206 ff.).

Schon diese kurze Wiedergabe des Inhalts macht deutlich, dass *Koepsels* Arbeit Grundlagen, wichtige Anwendungs- und Problemfälle sowie rechtspolitische Perspektiven des § 299 StGB gleichermaßen erfasst. Wie oben bereits angedeutet, muss man dabei nicht jedes Ergebnis teilen bzw. die Begründungsansätze gegenüber alternativen Modellen nicht überall als überlegen anerkennen, erhält aus der Arbeit jedoch jedenfalls reichhaltige Anregungen und Argumentationsmaterial. In die bereits oben (S. 609 f.) deutlich gewordene Tendenz einer zunehmenden Sensibilisierung für korruptives Verhalten und seine Auswirkungen passt es, dass nun selbst für den „staatsfernen“ Bereich des § 299 StGB neben der Dissertation von *Pragal* eine zweite ausführliche Monographie über die Angestelltenbestechung zu tendenziell punitiven und Strafbarkeitserweiterungen fordernden Ergebnissen kommt.

Nagel, Simone: Entwicklung und Effektivität internationaler Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung. Baden-Baden: Nomos 2007, 261 S. Universitätsschriften Recht, Band 523.

Das Wirtschaftsstrafrecht ist traditionell mehr oder weniger international geprägt, da es auch der Wirtschaftsverkehr als solcher ist. Sollen nun entsprechende Aufträge im Ausland gesichert werden, so liegt es nicht fern (zur Frage, ob es in manchen Ländern aufgrund „kulturspezifischer Besonderheiten“ sogar besonders nahe liegt, vgl. *Nagel*, S. 39 f.), sich diese mit den auch aus dem nationalen Bereich bekannten Mitteln zu sichern, wozu u. a. auch die Korruption gehören kann. Aufgrund der ohne Zweifel großen Auswirkungen korruptiven Verhaltens auf den wirtschaftlichen Wettbewerb drängt sich dann aber die Frage auf, ob insoweit nicht internationale Maßnahmen der Zusammenarbeit und Rechtsharmonisierung erforderlich sind. Dass entsprechende Bemühungen trotz allem noch vergleichsweise jung sind und nicht immer konsequent durchgehalten werden, liegt sicherlich zum einen an wirtschaftlichen Interessen wie etwa drohenden „Wettbe-

werbsnachteilen“ für eigene Unternehmer bei Statuierung eines strengen Bestechungsstrafrechts auch für die Bestechung ausländischer Amtsträger, zum anderen möglicherweise aber auch an der Rechtsgutsproblematik: Soweit insbesondere im Bereich der Amtsträgerbestechung als geschütztes Rechtsgut das Vertrauen in die objektive und unbeeinflusste Amtsführung herangezogen wird, stellt sich die Frage, inwieweit das Vertrauen in die Amtsführung ausländischer Amtsträger für den jeweiligen nationalen Gesetzgeber überhaupt taugliches Schutzobjekt sein kann.

Sowohl mit solchen grundsätzlichen Fragen als auch insbesondere mit konkreten internationalen Maßnahmen befasst sich die von *Vogel* betreute Arbeit von *Nagel*: Nach einem einleitenden Kapitel über Begriff, Erscheinungsformen und Ursachen der nicht nur, aber insbesondere auch internationalen Korruption (vgl. S. 28 ff.) stellt *Nagel* zunächst die internationalen Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung in einem weit gefächerten Überblick dar (S. 44 ff.). In diesem spielen die Bemühungen von Organisationen wie der Weltbank oder des IWF ebenso eine Rolle wie das Engagement der OECD, von Transparency International sowie der UN. Als grenzüberschreitende, aber dennoch gezielt nur regional angelegte Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung werden Initiativen der Europäischen Union und des Europarats (S. 60 ff.) sowie knapp auch vergleichbare Initiativen im amerikanischen und afrikanischen Bereich vorgestellt.

Gewissermaßen als Gegenentwurf zu den internationalen Maßnahmen widmet *Nagel* das 3. Kapitel (S. 71 ff.) einem nationalstaatlichen Korruptionsbekämpfungsakt, der jedoch gerade die grenzüberschreitende Bestechung bekämpfen soll: *Nagel* beschreibt hier den amerikanischen Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) in seiner Entstehungsgeschichte, seinen wichtigsten Bestimmungen (S. 82 ff.) sowie in seiner im Jahr 1988 erfolgten Novellierung (S. 94 ff.). Hierbei ist von besonderem Interesse, wie die Verfasserin Entstehungs- und Reformgeschichte jeweils mit der allgemeinen politischen Situation in den USA in Verbindung bringt und damit *pars pro toto* deutlich macht, in welchem Umfang nicht zuletzt und gerade auch die Korruptionsbekämpfung eine Frage des politischen Willens ist. In den anschließenden Kapiteln 4 (S. 110 ff.) und 5 (S. 132 ff.) wird dann noch einmal vertieft das OECD-Übereinkommen zur Bekämpfung der Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr aus dem Jahre 1997 samt seiner Entstehungsgeschichte (S. 112 ff.) und seiner Umsetzung in den Mitgliedstaaten (S. 132 ff.) dargestellt. Besonderes Augenmerk wird dabei der deutschen Umsetzung in Gestalt des IntBestG gewidmet (S. 142 ff.), wobei *Nagel* nicht

nur die Merkmale des einschlägigen Art. 2 IntBestG nachzeichnet, sondern auch wieder eine knappe kritische Analyse anstellt und einen Blick auf die Anwendung in die Praxis wirft (S. 160 ff.). Der zweite Schwerpunkt hinsichtlich der nationalstaatlichen Umsetzung liegt auf den USA, für welche die daraus resultierenden Änderungen des FCPA erörtert werden (S. 180 ff.). Nach zwei weiteren kurzen Kapiteln, die eine knappe „rechtsvergleichende Analyse“ (S. 197 ff., wobei dieser Begriff vielleicht etwas hoch aufgehängt erscheint) zwischen IntBestG und FCPA sowie einen Überblick über die UN-Konvention gegen Korruption (S. 203 ff.) bringen, ordnet *Nagel* das Problem eines Straftatbestandes für die Bestechung ausländischer Amtsträger noch einmal in den Gesamtkomplex der Entwicklung eines globalen Strafrechts ein (S. 115 ff.). Dabei setzt sie sich auch mit den nicht zuletzt in der deutschen Diskussion allfälligen Ängsten vor einer „Hegemonialstellung Amerikas“ (S. 222 ff.) auseinander, sieht darin jedoch keine nennenswerte „Bedrohung“, sondern nur eine Konsequenz aus raschen und gut tauglichen Ansätzen im US-amerikanischen Recht.

Nagels stets gut lesbare Arbeit informiert präzise über das Thema und ordnet es immer wieder in interessante und wichtige Zusammenhänge ein. Das Werk ist ein beredter Beweis dafür, dass eine Dissertation auch ohne strafrechtsdogmatische Spitzfindigkeiten und „alibimäßige“ historische Rückblicke bis in die Antike gut gelingen kann. Der trotz der o. g. mehrfachen kritischen Einordnung von Problemen überwiegend beschreibende Charakter ändert nichts an der wissenschaftlichen Leistung bei Sammlung und Aufarbeitung der vielen, aus heterogenen Quellen stammenden Informationen und noch weniger am Ertrag für den – in den Fragen der internationalen Korruptionsbekämpfung meist wohl noch wenig informierten – Leser.

Albus, Esther: Die Zusammenarbeit zwischen Industrie und Ärzten an medizinischen Hochschuleinrichtungen – unter dem Verdacht der Vorteilsannahme und Bestechlichkeit gem. §§ 331, 332 StGB? Baden-Baden: Nomos 2007, 249 S. Universitätschriften Recht, Band 520.

Die von *Paeffgen* betreute Arbeit widmet sich einem Problemfeld, das unter dem Stichwort „Herzklappen-Skandal“ bekannt geworden ist und im Wesentlichen in der bekannten Entscheidung BGHSt. 47, 295 ff. samt der dazu ergangenen Diskussion behandelt wird. Der dadurch vielleicht entstehende Eindruck einer Arbeit, die sich nur auf ein enges Feld konzentriert und dabei an eine nicht mehr brandneue Entscheidung anknüpft, wird bei der Lek-

türe (leider) bestätigt, wobei eine gewisse Innovation in der relativ ausführlichen Diskussion einer etwaigen (Rahmen-)Kompetenz des Bundes zur Schaffung allgemeiner Regeln zur Drittmittelinwerbung an Hochschulen und Kliniken liegt (S. 171 ff.).

Inhaltlich widmet sich das Buch nach einer knappen Einleitung in einem ersten ausführlichen Kapitel (S. 28 ff.) den möglichen Formen der Zusammenarbeit zwischen Industrie und Ärzten an medizinischen Hochschuleinrichtungen. Diese Formen und die möglichen Gegenleistungen werden mit dem Institut der hochschulrechtlichen Drittmittelforschung in Zusammenhang gebracht, und Präventionsstrategien gegen korruptives Verhalten in diesem Zusammenhang werden erörtert (vgl. S. 62 ff.). Auf dieser Grundlage untersucht *Albus* im nächsten großen Kapitel die Tatbestandsmäßigkeit der verschiedenen Formen der Zusammenarbeit (S. 71 ff.), wobei sie sich zunächst an den Tatbestandsmerkmalen der §§ 331, 332 StGB gleichsam „definitorisch“ entlang arbeitet (S. 71 ff.), um dann in einem zweiten Durchgang, der dadurch freilich – mehr oder weniger unvermeidlich – gewisse Redundanzen enthält, diese Merkmale mit Blick auf die verschiedenen Formen der Zusammenarbeit noch einmal zu untersuchen. *Albus* kommt dabei zu dem Ergebnis, dass viele Formen der Zusammenarbeit den Tatbestand der Bestechungsdelikte nicht erfüllen, soweit keine Koppelungsvereinbarungen vorliegen. Gleichwohl sieht sie die Drittmittelinwerbung unter einem „Generalverdacht“ der Korruptierbarkeit (vgl. S. 145 ff.) und diskutiert in den letzten beiden Kapiteln zunächst vorhandene Lösungsansätze (S. 152 ff.) sowie anschließend einen eigenen Lösungsvorschlag (S. 213 ff.). Dabei geht es ihr insbesondere um die „Legalisierung ‚lauterer‘ Koppelungsvereinbarungen“ (S. 216 ff.), was durch eine entsprechende Formulierung in § 25 Hochschulrahmengesetz erfolgen könnte (S. 221 ff.).

Nicht zuletzt aufgrund der zahlreichen rechtstatsächlichen Informationen ist die klar geschriebene Arbeit nicht nur eine angenehme Lektüre, sondern für die Diskussion des Problemfeldes „Drittmittelinwerbung und Korruption“ auch durchaus von Interesse. Die aus ihr erwachsenden rechtsdogmatischen Erkenntnisfortschritte halten sich demgegenüber in deutlichen Grenzen, und der gleich mehrfache „Durchgang“ durch die Tatbestandsmerkmale der §§ 331 ff. (allgemeine Darstellung im 2. Kapitel; Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit der Formen der Zusammenarbeit im 3. Kapitel; Lösungsansätze in der Literatur und Rechtsprechung im 4. Kapitel; eigener Lösungsansatz im 6. Kapitel) führt doch zu vielen Redundanzen.